

De la cession et de la mise en gage des créances non négociables en Droit Bulgare comparé

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le lundi, 3 juin 1929, à 2 heures.

PAR

GEORGES RAPHAÏLOFF

Avocat.

Président : M. H. LÉVY-ULLMANN, Professeur.

Suffragants : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur.

M. PICARD, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1929



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**De la cession et de la mise en gage
des créances non négociables**

en Droit Bulgare comparé

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

**De la cession et de la mise en gage
des créances non négociables
en Droit Bulgare comparé**

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le lundi, 3 juin 1929, à 2 heures.

PAR

GEORGES RAPHAÏLOFF

Avocat.

Président : M. H. LÉVY-ULLMANN, Professeur.

Suffragants : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur.

M. PICARD, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1929



A LA MEMOIRE DE MA MERE

A MA FEMME, A MON ENFANT

AVANT-PROPOS

La Bulgarie est un Etat jeune : c'est le traité de Berlin du 13 juillet 1878 qui, à la suite de la guerre russo-turque de 1877-1878, lui a donné naissance. Avant la guerre russo-turque qui a appelé le peuple bulgare à la vie libre, celui-ci étant sous la domination politique des Osmanli, vivait aussi sous le régime de la législation ottomane. Fondée sur les principes religieux du Coran, cette législation ne pouvait point s'appliquer à la personne des infidèles. Aussi voyons-nous les conquérants musulmans laisser partout aux vaincus non musulmans leur statut personnel et familial.

Après l'émancipation politique, la première tâche des hommes, dirigeants du nouvel Etat, fut d'établir ses assises politiques et constitutionnelles, ses lois organiques qui devaient lui donner la physionomie d'un Etat moderne démocratique et constituer le cadre de son développement ultérieur. C'est seulement plus tard, à partir de 1889 que le législateur bulgare put s'occuper du droit privé. Et comme jusque là, la vie avait suivi son cours et que les litiges étaient nés et avaient été déférés aux tribunaux, force fut à ces derniers de recourir à des lois positives pour y puiser des règles de droit, afin de pouvoir régler les différends dont ils étaient journellement saisis. Faute de lois bulgares, on dut reconnaître le maintien en vigueur de la législation privée ottomane, dans la mesure où elle n'était pas en contradiction avec les principes de la constitution bulgare et jusqu'à ce que les lois ou règlements élaborés par les pouvoirs publics bulgares vinssent successivement remplacer les dispositions des textes tures.

Pour réaliser ce but, les autorités bulgares ont emprunté à d'autres législations les lois relatives à la réglementation des rapports d'ordre privé. Néanmoins, ils ont été dans l'obligation de conserver les règles relatives à la personne, établies depuis longtemps, enracinées profondément dans la conscience du peuple bulgare,

que le joug ottoman n'avait pas pu influencer. Ainsi le mariage des Bulgares étant considéré comme une affaire religieuse, du ressort de l'église nationale bulgare, aussi encore la succession des biens, meubles et immeubles dits « *mulk* » possédés en pleine propriété, étaient régis par la coutume qui a été consacrée par les lois postérieures à la libération et qui existent encore.

En ce qui concerne les autres lois sur la réglementation des rapports d'ordre privé, comme nous l'avons dit, elles sont empruntées au Code civil français et au Code civil italien.

La Bulgarie ne possède pas encore un Code civil, mais des lois distinctes, promulguées à différentes dates, règlent presque toutes les matières de droit civil. Toutes ces lois ont été littéralement copiées sur les titres correspondants du Code civil italien et, par là, du Code Napoléon, qu'elles ne font que reproduire; par conséquent, la Bulgarie, pays slave, se range dans le groupe des législations latines. Des modifications insignifiantes ont été apportées par le législateur bulgare dans son travail de traduction pour tenir compte autant que possible des besoins et des habitudes des peuples. Cette préférence donnée par le législateur bulgare aux législations latines s'explique très naturellement parce que les lois françaises (aussi bien qu'italiennes) s'adaptent parfaitement aux mœurs et à la vie du peuple bulgare et, d'autre part, par le fait que la plupart des hommes de lois de la Bulgarie ont fait leurs études en France.

Done, les dispositions du Code bulgare des Obligations du 3 décembre 1892 relatives à la matière qui nous intéresse ici, sont presque les mêmes que celles du Code civil français dont la comparaison va faire l'objet de notre travail.

La cession de créances et leur mise en gage comme source du crédit public, ont pris, surtout depuis une vingtaine d'années, une importance sans cesse croissante dans toutes les manifestations de la vie économique; il importe à la prospérité d'une nation que le crédit public, comme le crédit privé puissent prendre le plus grand développement possible. La libre et facile circulation des valeurs, des créances, leur mise en gage, sont des conditions indispensables de ce développement. Voilà les motifs qui nous ont amené à choisir ce sujet.

D'autre part, comme toute la matière des Obligations se dé-

gageant de plus en plus du formalisme primitif et même des questions d'influence locale, tend à se présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique, en harmonie avec le principe supérieur du respect absolu de la liberté des conventions, nous croyons utile de faire une brève comparaison entre le droit bulgare d'une part, et les nouvelles législations allemande et suisse; d'autre part, où nous constatons à cet égard, un caractère incontestable d'élévation et une apparence scientifique non moins certaine. Néanmoins, c'est le droit romain qui reste la source principale au moins pour les législations continentales, par lesquelles nous allons commencer notre exposé.

En ce qui concerne le droit anglais, la question est, en effet, très intéressante; d'après le vieux droit anglais, la Common Law, le créancier ne pouvait pas céder ses droits à une autre personne qui puisse ainsi exiger du débiteur la prestation de son propre nom et avec un droit propre. Comme en droit Romain, l'incessibilité primitive pouvait être tournée si le cessionnaire agissait au nom du cédant. Le Indicature Act, 1873 (maintenant Law of Property, 1925, s. 136) permet ensuite la cession en sorte que, moyennant l'observation de certaines formes (écrit, signification expresse au débiteur) le cessionnaire acquit le droit d'agir en son propre nom. Cette question doit être l'objet d'une étude spéciale; dans notre travail, nous nous bornerons aux législations continentales. (Pour plus de détail sur la cession de créances en droit anglais, v. Arthur Curti : Manuel de droit civil et commercial anglais, t. II, Payot, Paris, 1929).

PREMIERE PARTIE

DE LA CESSION DE CREANCES

Introduction comparative.

Tout créancier peut céder sa créance à autrui; entre le cédant et le cessionnaire, l'opération est parfaite par le seul effet du consentement sur la chose et le prix (art. 316 du Code bulgare des Obligations). Mais (art. 317) elle n'est opposable aux tiers qu'après avoir été signifiée au débiteur. Jusque là, la créance, quoique cédée, est considérée à leur égard comme continuant d'appartenir au cédant et le paiement fait entre ses mains libérerait valablement le débiteur (art. 318). Il faut entendre ici par tiers tous ceux qui n'ont pas été parties à la cession ou qui n'y ont pas été représentés et dont les droits seraient compromis si la cession pouvait leur être opposée; ce sont notamment les créanciers saisissants ou gagistes du cédant, les cessionnaires ultérieurs et le débiteur cédé.

Ce sont les principes généraux qui régissent notre législation actuelle, c'est-à-dire la législation italienne, et par là celle des Français. On peut dire aussi que les principes ci-dessus dominent presque toutes les législations modernes.

La transmissibilité des créances entre vifs, qui est une opération relativement moderne, est également admise par ces législations. De même, la transmissibilité des droits personnels est apparue plus tard que celle des droits réels, de la propriété notamment.

En effet, la cession d'une créance est l'acte par lequel une personne transfère sa créance à une autre personne; les Romains ont toujours regardé cette aliénation comme impossible et ils ne

sont arrivés à l'admettre que par des voies détournées. L'obligation étant un lien de droit, un rapport entre deux personnes déterminées, ils ne comprenaient pas que l'un des termes de ce rapport pût être changé sans que le rapport lui-même en fût altéré. Substituer une tierce personne, soit au débiteur, soit au créancier, c'était, selon eux, une opération qui ne pouvait se faire sans modifier profondément le lien primitif ou plutôt sans le détruire, car à la place de l'ancienne obligation éteinte, une seconde prenait alors naissance. Sans doute, cette intransmissibilité ne s'applique qu'entre vifs; les créances héréditaires passaient de la tête du défunt sur celle de l'héritier, mais il ne faut pas voir là une exception à la règle de l'intransmissibilité des obligations, car l'héritier n'était point une nouvelle personne juridique, mais bien le continuateur du défunt; il n'y avait point transport de créance.

Cependant, les créances constituant une part importante de notre patrimoine et leur transmission constituant un puissant moyen de crédit, les Romains devaient, tôt ou tard, arriver à éluder la rigueur des principes. Ce sont les praticiens qui ont inventé, sinon pour transférer les créances au sens exact du terme, du moins pour atteindre un résultat pratique équivalent, deux procédés distincts qui, conformément à une autre loi générale, eurent d'abord leurs règles propres fournies par les formes indépendantes qu'ils empruntaient, mais furent progressivement accommodés à leur destination de fond. Ainsi ils recoururent d'abord à la *delegatio*, novation par changement de créancier qui éteignait l'ancienne dette et faisait naître à sa place, en faveur du délégataire, une nouvelle obligation semblable à la première. Ce procédé avait l'inconvénient d'exiger les formes de la stipulation et, par conséquent, la présence et le consentement du débiteur.

Aussi, dès que le système formulaire permit au plaideur de se faire représenter en justice, on trouva un nouveau et meilleur mode de cession dans la *procuratio in rem suam*. Le créancier donnait au tiers à qui il voulait céder sa créance, mandat d'exercer ses actions contre son débiteur et renonçait d'avance au droit d'user de l'action mandative et de lui demander compte. Ce n'est pas une cession directe de l'obligation, mais quand le mandataire avait mené l'instance jusqu'à la *litiscontestatio*, le prêteur lui délivrait une formule dont l'*intentio* était au nom du créancier et la *condemnatio*, au nom

du mandataire; celui-ci devenait alors le *dominus litis*, et acquérait une créance personnelle sanctionnée par l'action *judicati*.

La *procuratio in rem suam* ne conférait avant la *litiscontestatio* qu'un droit fort précaire; jusque là, le cessionnaire demeurait à la merci du cédant, lequel pouvait rendre la cession inutile, soit en intentant lui-même l'action avant que son mandataire eût pu agir, soit en transigeant avec le débiteur, soit en novant, soit enfin en compensant sa créance. Le cessionnaire n'était pas dans une position plus favorable vis-à-vis du cédé qui pouvait, par un paiement précipité fait au cédant obtenir sa libération. Enfin, le mandat s'éteignait par la mort des parties. Tels étaient les dangers réels qui menaçaient le cessionnaire jusqu'au jour où apparaît un procédé de nature à mettre ses droits à l'abri de toute atteinte déloyale de la part du cédant. Ce sont les réformes du droit impérial qui ont donné lieu à la *denuntiatio*, notification faite au débiteur pour l'empêcher de se prévaloir des conventions extinctives de sa dette que lui aurait consenties le cédant, ou du paiement fait à celui-ci; on accorda aussi au *procurator* des actions utiles afin que son droit ne devînt plus caduc par la révocation du mandant, par l'exercice de l'action directe ou par la mort d'une des parties; enfin on en arriva à sous-entendre la *procuratio in rem suam* dans tous les cas où elle était due en vertu d'une convention, d'un testament ou de la loi, pourvu que la personne qui avait droit n'eût pas laissé périr les actions par sa faute (Girard, p. 743 et suiv.).

Voilà l'origine historique de la cession des créances. Nous allons maintenant étudier la cession en elle-même en passant en revue ses éléments essentiels, en comparaison avec le droit bulgare et les nouvelles législations : allemande et suisse. Nous avons déjà signalé que le Code bulgare des Obligations du 3 décembre 1892, dans ses dispositions relatives à la cession et à la mise en gage de créances, reproduit le Code civil français, ou plutôt c'est le Code civil italien emprunté de la France dont les Bulgares se sont inspirés et qu'ils ont adaptés à leurs besoins, en ce qui concerne les Obligations. Dans notre chapitre d'introduction comparative, nous allons donc parler du Code civil français, dont la comparaison détaillée avec le Code bulgare des Obligations sera faite en cours de notre travail.

1. Tout d'abord, nous allons examiner la question de la transmissibilité de créances. Quelles créances peuvent être cédées ?

En règle générale, en droit romain, on peut établir que toutes les créances sont cessibles, sans distinction de leur cause, de leur effet ou de leur objet. A vrai dire, croyons-nous, il serait plus exact de dire que toutes les créances *peuvent être cédées*; il y a une différence entre « les modes de transfert » et « les moyens d'arriver à transférer des créances »; dans ce dernier sens, nous avons dit plus haut que « toutes les créances sont cessibles ».

La cession peut avoir pour objet, non seulement les créances naissant d'obligations civiles, mais encore celles provenant d'obligations naturelles. Peuvent être cédées aussi les créances à terme, ou sous conditions. Le principe de la cessibilité de créance est accepté par toutes les législations comme étant de la nature de l'obligation; tandis qu'en droit romain, « il y a des moyens de céder les créances », dans les législations modernes, les créances, en général, par leur nature même, sont cessibles.

Néanmoins, il y a des exceptions à la règle générale que toutes créances peuvent être cédées en droit romain et aux principes de cessibilité de créances en droit actuel. A cet égard, on ne pourrait établir un critérium, applicable dans tous les cas possibles.

Les Romains reconnaissent comme créances, ne pouvant être cédées, en premier lieu, celles qui sont inséparablement attachées à la personne par leur nature et surtout par la volonté de la loi, — principe qui régit le droit actuel aussi. — Les Romains faisaient une exception pour les créances litigieuses : toute créance cessait d'être cessible par cela seul qu'elle était litigieuse et elle devenait telle par la *litiscontestatio*; la cession consentie après ce moment était nulle, et le procès devait continuer entre le cédant et le cédé, sans tenir compte du cessionnaire. Cette règle, établie dans une constitution de Constantin, qui forme la loi 2 au Code *De litigiosis* paraît avoir été sans exception jusqu'à Justinien, mais cependant on permet la cession des créances litigieuses dans quatre cas : quand elle était faite à titre de dot de donation anténuptiales; quand elle était faite par legs ou par fideicommiss; qu'elle était le résultat d'une transaction et lorsqu'elle avait pour but d'arriver à un partage entre cohéritiers. Ces exceptions rigoureuses ne sont pas reproduites au Code Napoléon quoique ses auteurs considéraient comme dangereux le commerce des droits litigieux. Les codes bulgares italien et allemand ne les ont pas re-

produites non plus. Néanmoins les prohibitions de céder les droits litigieux a laissé également quelques traces dans la loi moderne; nous les retrouvons dans l'art. 1597 du Code civil (resp. 229 et 230 du Code bulgare des Obligations), déclarant les magistrats, avocats et officiers ministériels incapables d'acheter des droits litigieux. Le but de la loi est de mettre ces personnes à l'abri du soupçon de vouloir abuser, à cette occasion, de leur influence ou de leur autorité. Cette remarque n'est pas sans importance. On rattache souvent, en effet, l'art. 229 et 230 à la théorie du retrait litigieux; cela n'est pas exact; le retrait litigieux (art. 324, 325 et 326 du Code des Obligations, resp. art. 1699, 1700, 1701 du Code civil français) qui existe actuellement a ses origines dans les lois romaines *Per diversas et ab Anastasio* (Huc, t. II, n. 598) qui avaient pour but de protéger les débiteurs contre les vexations des acheteurs de procès; le mot litigieux n'a pas le même sens dans l'art. 229, 230 d'une part, et les art. 324, 325 et 326 d'autre part; il y a de plus, nullité dans les premiers cas, tandis qu'il n'y a pas nullité, mais facilité d'exercer le retrait dans les cas déterminés par les art. 324 et suiv. Ces prohibitions n'existent, ni dans le Code allemand, ni dans le Code suisse.

En ce qui concerne la cessibilité des créances, le Code civil allemand établit une corrélation parfaite entre l'insaisissabilité et l'intransmissibilité et il suffira de se reporter à l'art. 749 du Code de procédure, qui énumère les objets et créances insaisissables, pour voir quelles seront les créances également intransmissibles. Ainsi, l'art. 400 du Code allemand prescrit : « Une créance ne peut être cédée, dans la mesure où elle n'est pas susceptible de saisie ». En effet, le but du législateur, dans cette disposition, est de conserver à la personne une part de la créance insaisissable; son but, dans ce cas, est le même, lui conserver et l'empêcher de gaspiller les dernières parts de son patrimoine. Bien entendu, le droit allemand reconnaît d'autres créances également intransmissibles : ce sont toutes celles dont l'objet est par nature incommunicable à d'autres personnes que le créancier (art. 399).

La volonté humaine peut-elle créer des droits incessibles; en d'autres termes, peut-on faire une créance intransmissible, par le seul effet du contrat intervenu entre les parties ? Une telle clause, d'après le Code Napoléon, ne pourrait avoir aucun effet, parce

qu'une telle clause serait contraire au principe de la libre disposition des biens. Telle est l'opinion des auteurs français, telle est aussi la pratique de la jurisprudence. A cet égard, le droit allemand diffère profondément; d'après l'art. 399 du Code civil allemand, une créance ne peut être cédée, si la cession, par convention passée avec le débiteur, a été exclue. En effet, une évolution profonde s'est produite depuis le droit romain où, comme on l'a vu, jusqu'à la fin, avait régné cette idée que la créance en elle-même ne peut se détacher du créancier : *non possunt separi a domino*, disaient les glossateurs, *sicut nec anima a corpore*; c'était uniquement le bénéfice, l'émolument du droit qui passait au cessionnaire sous forme d'action utile (Colin et Capitant, t. II, p. 146).

Le droit moderne a fait disparaître ce dernier vestige des idées anciennes. Il admet la validité directe et immédiate de la cession de créance ou transport-cession; le droit allemand, par le Code de 1896, va même plus loin; les parties contractantes peuvent donner la qualité d'intransmissibilité à la créance. Ainsi l'art. 399 du Code civil allemand porte : « Une créance ne peut être cédée si le fait d'en fournir la prestation à un autre que le créancier initial ne peut avoir lieu sans modification de son contenu, ou si la cession, par convention passée avec le débiteur, en a été exclue ».

Le Code fédéral suisse admet aussi l'intransmissibilité conventionnelle des créances (art. 183).

Nous parlons ici de la question du transport de créance; à cet égard, toutes les législations sont à peu près d'accord pour accepter la transmissibilité active. Mais en ce qui touche la cession de dettes, les législations sont partagées, le Code civil français, le Code civil italien, le Code bulgare des Obligations, l'ignorent absolument. Il y a des législations (Autriche) qui contiennent à cet égard des demi-mesures. C'est le nouveau Code allemand, en effet, qui parle ouvertement du contrat de transmission de dette. Certainement, c'est une opération moderne appelée à la vie juridique par les besoins pratiques. Il n'est pas facile d'admettre une telle conception et de lui donner une place dans le droit positif. Sans doute, la considération de la personne du créancier, en matière de cession de créances, importe peu; il sera le plus souvent indifférent au débiteur de payer au cessionnaire ou au cédant. Mais au contraire, la personne du débiteur importe toujours au créan-

cier, et il est inadmissible que le débiteur puisse se substituer un successeur à la dette sans qu'il y ait changement d'obligation.

Voilà les difficultés. Le Code allemand admet la transmission de dette sans procéder pour cela par voie de novation, c'est-à-dire par voie de création d'une nouvelle dette, qui n'aura pas forcément la même physionomie que l'ancienne, tant au point de vue des privilèges qui peuvent l'entourer qu'à celui des exceptions qui s'y trouvent attachées. Le droit allemand a posé le principe de la transmission active et passive; il admet la double succession, soit dans le droit du créancier, soit dans les obligations du débiteur. Chacun des deux éléments de l'obligation va pouvoir circuler comme élément actif ou passif du patrimoine, et chacun produira ses effets, soit au profit, soit à l'encontre du possesseur actuel, ou si l'on veut, du porteur, soit de la qualité de créancier, soit de la qualité du débiteur. (Delbrück, loc. cit., pp. 71, 117). — Voilà qui est très hardi.

C'est la première fois, dans le droit allemand justement, que l'institution nouvelle se trouve soumise à un essai vraiment sérieux de règlement législatif.

2. Une institution importante, en matière de cession de créances, dont tous les auteurs discutent vivement, c'est la signification au débiteur et par là — les effets de la cession.

En droit romain, l'empereur Gordien, par une constitution célèbre, introduisit un immense progrès, en paralysant au moyen d'une *denuntiatio* le droit qu'avait le cédant d'anéantir les effets de la cession réalisée au moyen de la *procuratio* conférée au cessionnaire. Cette constitution indique trois cas dans lesquels le mandat ainsi donné devient irrévocable : 1° en cas de *litis contestatio*; 2° au cas de *paiement partiel* effectué par le débiteur entre les mains du *procurator in rem suam* et 3° au cas de *denuntiatio* faite au débiteur par le *procurator in rem suam*. En dehors de ces circonstances, le droit du créancier demeurerait intact et celui-ci pouvait en user, quand bon lui semblait.

En quoi consistait cette *denuntiatio* ? Parmi les anciens interprètes du droit romain, il y en avait qui ont pensé que ce n'était pas un acte solennel et qu'il suffisait que le débiteur cédé eût eu connaissance de la cession, de quelque manière que ce fût, soit par le cessionnaire, soit par toute autre personne, pour qu'il lui fût interdit de payer au cédant. La plupart des auteurs, au contraire,

pensent que pour appliquer la Constitution, il faut que ce soit le cessionnaire lui-même qui avertisse le cédé qu'il y a eu cession. La *denuntiatio*, ainsi comprise, était un acte par lequel le *procurator in rem suam* ou cessionnaire *notifie* au débiteur le mandat qu'il a reçu du cédant, à l'effet d'obtenir de ce débiteur le bénéfice de sa dette, envers le cédant. Il est bien entendu que cette *denuntiatio* n'apporte aucune modification au principe d'incessibilité, la créance continue à résider sur la tête du mandant, mais les droits de ce dernier sur la créance sont paralysés, et bien que créancier il ne peut plus agir contre le débiteur ni recevoir de lui un paiement; toutes les conventions qu'il passerait avec le débiteur, en tant qu'elles nuiraient au cessionnaire, seraient nulles.

En France, le Code civil venait de proclamer que l'aliénation d'un droit résultait de la simple Convention (art. 1138); il allait de soi qu'on devait appliquer le principe à la cession de créance et considérer le cessionnaire comme déjà investi de la créance par le fait seul de l'acte qui sert de titre à la cession elle-même, vente, legs, donation. Restait à concilier cette idée avec l'obligation absolue de respecter les droits du débiteur cédé; pour lui, tant que la cession lui reste étrangère, le cédant reste le seul créancier. La conciliation devenait aisée grâce au procédé de la signification qu'il était facile de conserver dans le droit nouveau, en lui attribuant un effet plus restreint que dans le droit ancien. Elle ne crée pas les droits du cessionnaire : ces derniers existent depuis la conclusion de la convention entre les parties; dès lors, le cessionnaire est le propriétaire légitime de la créance cédée, mais à l'égard des tiers (y compris le débiteur cédé), c'est la formalité même de la signification faite au débiteur, par n'importe lequel du cessionnaire ou du cédant, qui rend les droits du cessionnaire opposables *erga omnes*. La signification, dans le Code Napoléon, devint comme une sorte de mesure de publicité, quoique assurément très imparfaite, comme telle destinée à rendre la cession parfaite à l'égard des tiers, tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des autres cessionnaires de la même créance. C'est le système du Code civil français (resp. art. 1690). C'est aussi le système du Code civil italien (art. 1539 du Codice civile) et par là du Code bulgare des Obligations (resp. art. 317).

C'est également au fond le système du Code fédéral de 1883 (art. 184); seulement ce dernier, au lieu d'attacher la perfection du

transport à la signification la fait dépendre d'une solennité de forme : la rédaction d'un écrit. C'est le titre lui-même qui constate le transport à l'égard des tiers; quant aux parties, la validité de la cession n'est soumise à aucune condition de forme. Si le cédant a cédé plusieurs fois la même créance, le cessionnaire dont le transport est constaté par le titre le plus ancien l'emporte sur les autres. La formalité de la signification n'existe plus. Néanmoins, le débiteur est valablement libéré si, avant que la cession ait été « portée à sa connaissance » par le cédant ou le cessionnaire, il paie de bonne foi entre les mains du créancier primitif, ou, en cas de cessions multiples, entre les mains d'un cessionnaire auquel un autre a le droit d'être préféré (art. 187). On pourrait déjà constater en 1883 une faible évolution, contenue dans le Code fédéral, relative à la signification : l'art. 187 ne l'a requise comme une formalité; c'est une « connaissance » portée au débiteur cédé en vue de l'empêcher de payer entre les mains du cédant — d'où elle pourrait être faite de n'importe quelle manière.

Comme en Suisse, dans presque tous les pays où une révision du Code civil est intervenue, la signification au débiteur est supprimée comme formalité. Mais partout, en exagérant la protection des intérêts du débiteur cédé, on est arrivé à des demi-réformes.

Cette évolution a reçu sa forme dernière en allemand, dans le nouveau Code civil du 18-VIII-1896. Le Code allemand pose le principe que le transport de créance, n'est soumis à aucune condition de forme et est parfait, même à l'égard des tiers, « par la conclusion du contrat ». Ce nouveau créancier entre au lieu et place du précédent créancier » dit l'art. 398; il n'y a pas besoin de la signification adressée au débiteur, elle n'est pas une condition nécessaire pour la perfection de la cession, pour qu'elle soit opposable aux tiers. Néanmoins, une *denuntiatio* existe; c'est une connaissance portée au débiteur cédé en vue de l'empêcher de se prévaloir des garanties qui lui sont réservées pour le cas où il serait de bonne foi, à raison, par conséquent de l'ignorance où il pouvait être de la cession. La connaissance par le débiteur de la cession intervenue l'empêchera de se prévaloir de l'ignorance de la cession; elle sera donc exclusive de l'allégation de bonne foi. C'est là le seul effet de la dénonciation en droit allemand. Son but n'est pas de rendre la

cession opposable aux tiers, car la cession est parfaite dès la conclusion du contrat emportant cession.

Ce rôle, ainsi restreint, attribué à la signification ou notification (*denuntiatio* du droit romain) est, il faut le reconnaître, une conception exclusivement moderne et très moderne. Dans le droit français, par la signification, le cessionnaire est saisi à l'égard du débiteur et des autres tiers. En effet, la cession est parfaite entre les parties contractantes dès la conclusion du contrat, par seul effet du consentement. Mais à l'égard des tiers, elle ne l'est seulement qu'après la signification; tandis que d'après le nouveau Code allemand, la signification n'aura d'autre but que d'empêcher le débiteur de se prévaloir de l'ignorance de la cession. Tant qu'il n'est pas averti (par un avis du cédant, art. 409, ou par une dénonciation ou une sommation émanant du cessionnaire ou la production d'un titre analogue, relatif à la cession (art. 410), il peut prétendre ignorer le changement de créancier et payer à l'ancien, ou se laisser poursuivre par lui. Sans doute, s'il est de mauvaise foi, bien qu'il n'y ait pas eu signification (mais que seulement le débiteur « ait connu » la cession, art. 406-407) tous les actes qu'il passe avec l'ancien créancier seront inefficaces, mais encore faut-il prouver la mauvaise foi. La signification dispense de cette preuve : elle empêche le débiteur de se prévaloir de cette ignorance. La signification n'a pas pour but de réaliser la cession, ni même de la rendre parfaite à l'égard des tiers ou du débiteur lui-même; elle n'a d'autre effet que d'enlever à celui-ci les moyens de justification tirés de la bonne foi et la possibilité de rendre opposables au cessionnaire certains actes passés avec le cédant. Voilà la véritable portée de la signification en droit allemand.

On voit l'évolution qu'a subie la signification comme formalité de la cession de créance. De là découlent les effets de la cession, de la signification. En droit romain, les rapports existant entre le cédant et le cédé ne subissent aucune modification par suite de la cession; le débiteur cédé continue à être le débiteur du cédant qui, de son côté, ne cesse pas d'être le véritable créancier. Aussi, postérieurement à la cession, le créancier peut exiger son paiement, transiger sur la créance cédée, mais il n'en est ainsi qu'autant que les choses, pour nous servir d'une expression romaine, sont encore entières et les choses cessent d'être entières dès que le débiteur ac-

quiert la connaissance de la cession, ce qui peut légalement arriver, soit par le procès engagé contre lui par le cessionnaire, soit par la signification à lui faite sous forme de *denuntiatio litis*, soit par un paiement partiel qu'il consent à faire en dehors de tout débat entre les mains du cessionnaire. Dès ce moment, le cédant est déchu de tous droits; s'il agit contre le débiteur, celui-ci opposera l'exception du dol, et, d'autre part, le paiement que ferait entre ses mains le débiteur cédé ne libérerait pas ce dernier envers le cessionnaire. Dès cet instant, le débiteur est en demeure obligé de se libérer envers le cessionnaire; vainement le cédant ferait-il une notification contraire, elle demeurerait sans effet après la notification du cessionnaire. Il résulte de là que ce qui lie le cédé au cessionnaire, ce n'est pas la cession, mais bien la *litis contestatio* ou la *litis denuntiatio*; d'où la conséquence que tant qu'elles n'avaient pas eu lieu, un second cessionnaire pouvait user de tous les droits dont le cédant eût pu user lui-même, à savoir recevoir le paiement, compenser, transiger, sauf au premier cessionnaire à se faire indemniser par le cédant. Ce rôle de la *denuntiatio* n'est pas le même à l'égard des tiers que vis-à-vis du débiteur cédé : la cession leur est opposable avant et en dehors de toute *denuntiatio*.

En France, nous l'avons vu, la signification a un effet plus restreint qu'en droit roumain. Elle ne crée pas les droits du cessionnaire : c'est la cession elle-même qui lie les parties contractantes; le cessionnaire acquiert par la cession, indépendamment de toute signification, son droit sur la créance cédée. Dès la conclusion du contrat de transport, c'est le cessionnaire qui est le véritable propriétaire de la créance cédée; — c'est entre les parties contractantes; quant aux tiers, (y compris le débiteur cédé), le seul effet du consentement des parties ne suffit pas : il faut la leur rendre opposable par la signification au débiteur. Ainsi la signification devient nécessaire, non plus pour réaliser la cession, mais pour la rendre parfaite à l'égard des tiers et du débiteur, qui, dans ce cas, doit être considéré aussi comme une tierce personne; vis-à-vis des ayant-cause du cédant, elle servira à trancher le conflit entre deux cessionnaires de la même créance; vis-à-vis du débiteur cédé, elle tranche par voie de présomption légale, la question de savoir s'il a ou non connu la cession (Huc., tome I, N° 303).

Le Code civil allemand va plus loin : la cession est parfaite à

l'égard des tiers, aussi à l'égard du débiteur, par le seul effet du contrat intervenu. La signification existe, mais avec un effet encore plus restreint : la signification faite au débiteur a pour seul but de protéger uniquement sa bonne foi : en principe la cession est parfaite *erga omnes* par le seul consentement des parties contractantes, aussi bien à l'égard du débiteur qu'à l'égard des autres tiers; mais les actes faits de bonne foi par le débiteur avant qu'il ait connaissance de la cession sont opposables au cessionnaire. Il s'ensuit que, à défaut même de signification, s'il est prouvé que le débiteur a connu la cession, les actes passés entre lui et le créancier primitif sont inopposables au cessionnaire et inversement; mais eût-il connu la cession, s'il est prouvé qu'il en a connu les vices ou la nullité, il reste responsable envers le cédant du paiement fait au cessionnaire. Tout va dépendre d'une question de preuve. Il faut reconnaître que sur ce point, le système de l'art. 1690 du Code civil français a sur le système du Code allemand le grand avantage de couper court à bien des incertitudes et à beaucoup de difficultés. Le Code civil a accepté, sous ce rapport, le système d'une présomption légale irrétragable, fondée sur l'accomplissement d'un acte de publicité (quoique discutable en ce qui concerne son efficacité) — la signification au débiteur; cette présomption est absolue comme celle qui dérive de la transcription en matière de transfert de la propriété immobilière. Dans le système allemand, au contraire, la signification faite au débiteur n'emporte aucune présomption légale; elle a seulement pour effet d'influer sur le fardeau de la preuve; avant toute notification, c'est au cessionnaire à établir que le débiteur, lorsque, par exemple, il effectue le paiement entre les mains du cédant, a payé au mépris de la cession qu'il connaissait; après la notification, c'est au cédant à prouver que, en dépit de toute notification, le débiteur ne devait pas payer au cessionnaire, parce qu'il connaissait les vices, la nullité de la cession.

Il y a encore des pays, comme l'Autriche et la Hongrie où la créance est transmissible par le seul consentement des parties; la signification étant un simple moyen de porter le transport à la connaissance du débiteur cédé, qui peut aussi être informé par tout autre moyen, on reconnaîtra de lui-même le cessionnaire comme créancier (C. Austr., §§ 1395 et 1396).

De cette revue comparative que nous venons de faire sur la portée de la signification et ses effets, il résulte que les pays qui se sont donnés un Code civil plus récent que le Code civil français, ou qui l'ont révisé, ont supprimé la nécessité de la signification, comme condition pour saisir le cessionnaire de la créance, à l'égard des tiers. C'est une preuve évidente que la signification ne répond pas au but en vue duquel elle avait été adoptée; qu'au contraire, elle met des entraves à la libre circulation des créances et au développement d'une grande partie de la fortune publique. Mais en la remplaçant, soit par une simple information, soit par un acte écrit, soit par une simple tradition, nous n'y voyons pas une bien grande différence.

Dans la société actuelle, où la créance apparaît comme le principal moteur du monde économique, les intérêts du commerce et le développement des relations sociales et économiques, exigent une libre circulation des créances. La créance est mobile par sa nature même; elle est destinée à passer de mains en mains. Elle représente le crédit et plus la circulation de la créance s'effectue rapidement plus le crédit général s'agrandit. Or, si on soumet l'aliénation des créances à une formalité quelconque en vue d'en assurer la publicité, n'entrave-t-on pas cette libre circulation et par suite ne frappe-t-on pas tous ces intérêts? N'y a-t-il pas ici, un intérêt plus général que celui des tiers, pour nous décider dans un sens contraire à la publicité? C'est en vue de ces raisons d'intérêt général, que le législateur lui-même se trouve forcé de soustraire à la publicité, l'aliénation d'une grande partie de la fortune publique. Ainsi il y a une catégorie tout entière de créances telles que les lettres de change, les billets à ordre, les titres aux porteur, etc. dont le législateur, pour ces raisons, soustrait l'aliénation à toute formalité de publicité.

Du reste, une bonne réforme est indispensable à l'égard du transport des créances. Une réforme qui, tenant compte de l'intérêt du débiteur cédé et dans une certaine mesure de ceux des tiers laissera un champ libre à la circulation des créances; nous croyons qu'une transmission de la créance par voie d'endossement est la seule qui puisse répondre à tous ces divers intérêts. C'est pousser vers l'idéal de la libre circulation des créances et le développement de la fortune mobilière.

*

* *

La cession est un contrat de transport volontaire d'un droit de créance. Dans un sens plus restreint, le mot cession est synonyme de *vente*; c'est un contrat de vente ordinaire ayant pour objet une *créance* ou un autre droit, comme dit le Code des Obligations dans le chapitre VII : *de la cession de créances ou d'autres droits*. Sous l'expression « d'autres droits », le législateur comprend, bien entendu, autres rapports incorporels. C'est là le point de vue du droit bulgare dont le chapitre VII du Code des Obligations du 3 décembre 1892 est emprunté presque entièrement au Code civil français (art. 1689-1701). Et c'est, en effet, dans le titre de la vente que le Code bulgare des Obligations traite de la cession dans un chapitre ayant pour rubrique : « *De la cession de créances et d'autres droits* ».

La cession donc est un contrat d'aliénation; c'est pour ce motif que le législateur moderne l'a nettement rattaché au contrat de vente, car dans le langage de la loi, vendre c'est aliéner; acheter, c'est acquérir. Parce que la cession fait donc réellement sortir la créance du patrimoine du cédant pour faire entrer dans le patrimoine du cessionnaire. C'est la même créance qui appartiendra désormais à un autre titulaire, au cessionnaire.

Dans notre Code des Obligations, la cession est envisagée comme acte entre vifs à titre onéreux. Mais elle peut avoir lieu également à titre gratuit comme une donation, un legs ou comme une dation en paiement. Elle peut avoir aussi le caractère d'un échange.

Dans tous les cas, la cession de créances présente cette particularité de mettre en rapport trois personnes : le créancier (l'aliénateur) qui prend le nom de *cédant*, l'acquéreur de la créance qui s'appelle le *cessionnaire* et le débiteur contre lequel existe la créance qui fait l'objet de la cession et qui prend le nom : *le cédé en droit français*, mais qui à défaut du nom spécial en droit bulgare s'appelle simplement *le débiteur*.

Comme définition complète, on peut prendre celle donnée par MM. Colin et Capitant (Cours élémentaire de droit civil). « C'est

l'acte juridique par lequel un créancier transfère sa créance à un cessionnaire, de telle façon que celui-ci devient créancier en son lieu et place ».

Au lieu de recevoir une somme fixée, comme c'est le cas ordinaire de la Cession des Créances, le cédant reçoit une chose. Dans ce cas-là, on pourrait même dire que ce n'est pas exactement un échange, mais plutôt une vente où la chose reçue par le cédant paraît comme objet de la vente et la créance cédée, comme son prix.

CHAPITRE PREMIER

Conditions de fond exigées pour la cession de créances.

De la définition de la cession de créances donnée ci-dessus, il résulte que la cession requiert deux conditions intrinsèques : la cessibilité de la créance, objet du contrat et la capacité des personnes qui participent à l'acte.

SECTION I.

Créances susceptibles d'être cédées.

En principe, toutes les créances peuvent être cédées. Dans son sens vague, le terme « créances » comprend et enferme la deuxième expression « d'autres droits » employée par notre législateur dans le titre du chapitre VI : « pour la cession des créances et d'autres droits ». Il résulte que la cessibilité des créances est la règle et l'incessibilité, l'exception. De nombreuses tentatives ont été faites parmi les auteurs français, dans le but de trouver la formule d'une règle générale de l'incessibilité de créances. Beaucoup parmi eux, comme chez nous aussi, confondent les deux conceptions : la transmissibilité et la cessibilité et ont donné cette formule générale : « Sont incessibles les droits qui ne peuvent être transmis par décès ». L'intransmissibilité signifie tout simplement que la loi ou la volonté des parties ont entendu rattacher le droit à la personne même du sujet investi, non pour diminuer ou restreindre sa faculté d'en disposer, mais pour qu'il puisse s'en attribuer exclusivement le bénéfice, sans que ce bénéfice passe à ses héritiers. Mais le sujet doit profiter de tout ce bénéfice et la faculté de le céder à un tiers est l'une des manières d'en tirer profit. L'intransmissibilité d'un

droit de créance ne permet donc pas de conclure à son incessibilité, quand même la loi admettrait la validité des clauses d'incessibilité.

En effet, il y a des droits qui sont intransmissibles et qui, néanmoins, peuvent être cédés; tel est notamment le droit d'usufruit qui peut bien être cédé par celui au profit duquel il a été constitué, mais qui à la mort de l'usufruitier, ne se transmet pas à ses héritiers. Et à l'inverse : il y a des droits qui sont transmissibles et qui, cependant, sont incessibles; ainsi, par exemple, le droit d'exercer le retrait successoral (art. 841 du Code civil). Se transmet du cohéritier décédé aux héritiers qui lui succèdent, mais il ne peut être cédé par le cohéritier à un tiers.

Nous trouvons que la formule la plus admissible serait de dire que tous les droits patrimoniaux sont cessibles sauf les restrictions résultant d'une prohibition formelle ou implicite de la loi positive.

Dans notre opinion, c'est par le moyen d'un système d'analyse qu'on saura si une créance est cessible ou non; c'est en s'attachant à la nature et aux caractères spéciaux de chaque créance, à l'analogie qui peut exister entre chacune d'elles et des droits expressément déclarée incessibles qu'on arrivera à la solution de la question.

Comme créances incessibles, on peut citer ici : 1) les droits de pensions militaires ou civiles; la loi n'a pas voulu que ceux qui, par de longues années de travail, ou par les sacrifices donnés à la patrie, ont mérité que cette dernière leur vînt en aide, puissent être privés de cette faible, mais unique ressource; 2) les droits d'usage et d'habitation (art. 204 de la loi bulgare du 27 janvier 1904 sur les biens, la propriété et les servitudes). Le motif de cette prohibition nous est révélé par l'art. 197 de la même loi, où il est dit : « Celui qui a l'usage des fruits d'un fond ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille ». Subvenir aux besoins d'un individu et de sa famille tel est le but le plus ordinaire de l'institution du droit d'usage, et, précisément par le motif que ce droit n'est accordé que dans des vues d'humanité, parfois mêmes de charité, le législateur a cru devoir défendre toutes conventions tendant à écarter le but qu'il s'était proposé; 3) Le locataire ne peut céder ses droits envers le bailleur qui consistent à profiter de son héritage d'après le contrat conclu entre eux.

4) le droit d'exploiter les pâturages donné aux communes.

5) les traitements des employés des administrations publiques

qui, d'après l'art. 957 du Code de la procédure civile sont incessibles. Il aurait été logique de les considérer comme attachés à la personne des fonctionnaires, auxquels ils doivent assurer des ressources conformes à leur position et de les déclarer incessibles dans une large mesure.

6) les billets de voyage, déterminés comme personnels.

7) les droits héréditaires dans une succession non ouverte; même avec l'agrément ou de *cujus* supposé.

8) le droit de réclamer des aliments en vertu, soit de la loi, soit d'un acte de libéralité, en tant que la cession tiendrait à neutraliser les résultats qu'a voulu obtenir le législateur ou l'auteur de la libéralité. (Aubry et Rau : Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, Paris 1907, tome V, p. 192) et avec raison; le Code de la procédure civile (art. 958) dit que ces créances sont insaisissables. Il est vrai qu'en principe l'insaisissabilité n'entraîne pas virtuellement l'incessibilité. Mais ici l'insaisissabilité conduit forcément à l'incessibilité, car la protection que le législateur a voulu accorder au créancier serait incomplète, si elle ne le mettait pas à l'abri de ses propres faiblesses. C'est pourquoi les aliments, comme aussi créances émanées du contrat de travail, etc. ne peuvent être cédées parce que ce sont des créances qui, d'après leur contenu et genre (substance) sont tellement attachées à la personne, le premier créancier, que la prestation ne pourrait être faite qu'à lui, enfin que le contenu même de la créance ne puisse changer.

Telles sont les espèces que nous avons cru devoir mentionner comme faisant exception à la règle générale de cessibilité des créances (y compris les « autres droits »). Nous attacher à un plus grand nombre d'hypothèses spéciales serait trop élargir le cadre de ce travail. Quant aux créances susceptibles d'être cédées, comme nous l'avons déjà dit, elles constituent la règle générale de cessibilité; il est impossible de les énumérer. On peut se contenter d'en dire que le législateur autorise d'une façon générale la cession de créances pures et simples et exigibles à terme et conditionnelles, les créances futures comme on dit, sauf les exceptions formelles ou implicites de la loi positive.

Il nous reste à envisager une autre question. La volonté humaine peut-elle créer des droits incessibles ? En d'autres termes, la clause d'incessibilité insérée, soit dans un contrat à titre onéreux,

soit dans une disposition à titre gratuit, peut-elle produire un effet quelconque ? C'est la solution négative que l'on doit donner à cette question et cela par application du principe consacrant la liberté de disposer, et formulé dans l'art. 29 de la loi sur les biens, la propriété et les servitudes.

Sans doute il est exact de dire que les droits de créances ne sont pas susceptibles de propriété ni de possession. Mais ces expressions ne sont qu'une manière d'affirmer le caractère proprement relatif de ces droits et il faut éviter une certaine équivoque qui pourrait s'introduire facilement; il est vrai que les droits de créances n'existant pas *erga omnes* ne peuvent être, à ce point de vue, traités comme les droits réels. Il est vrai qu'ils dépendent de la volonté de la personne pour leur création et leur introduction dans le patrimoine. Mais, envisagés en eux-mêmes, ils constituent l'un des éléments du patrimoine. Le créancier les possède positivement; ils sont au nombre de *ses biens*, et, à ce titre, il a le droit d'en disposer. Aussi, le principe de la libre disposition des biens, écrit dans l'art. 29 de la loi bulgare sur les biens, la propriété et les servitudes, a-t-il une portée générale et s'applique-t-il, non seulement aux droits réels, mais encore à tous les éléments du patrimoine et par conséquent aux droits de créance (Huc : *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, tome I, p. 343, loc. cit.)

C'est donc avec raison que la jurisprudence française a déclaré sans effet les clauses d'incessibilité en se fondant précisément sur le principe de la libre disposition des biens.

Donec, la convention des parties ne peut pas rendre incessible une créance, parce qu'il ne dépend pas de la volonté privée de mettre telle ou telle chose hors du commerce. C'est le législateur qui seul a ce droit.

SECTION II.

Capacité des parties en matière de cession de créances.

En principe, toute personne est capable de contracter, si cette capacité ne lui est pas refusée par la loi (art. 9 du Code des Obligations).

En matière de cession de créances, c'est-à-dire en matière de vente ou d'achat de créances, puisque le Code des Obligations ne considère que la cession onéreuse, la règle est tout aussi large. Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre (art. 228).

Dès lors, à défaut de règles spéciales en cette matière, soit pour céder, soit pour recevoir, la capacité étant la règle et l'incapacité l'exception, il s'agit de mentionner seulement les exceptions générales à cette règle, c'est-à-dire les personnes auxquelles la loi défend, soit de vendre, (céder) soit d'acheter (se rendre cessionnaire) les créances appartenant à autrui.

1. L'art. 229 du Code des Obligations défend aux père et mère d'acheter, même à l'adjudication à peine de nullité du contrat, ni par eux-mêmes, ni par des personnes interposées, les biens de leurs enfants qui se trouvent sous leur puissance paternelle.

Le même article, par son alinéa III, défend de même aux tuteurs, subrogé-tuteurs et curateurs d'acheter les biens des personnes qui se trouvent sous leur tutelle ou curatelle.

D'autre part, l'art. 73 de la loi des tutelles du 27 novembre 1889 défend au tuteur, au subrogé-tuteur, au juge de paix, à leurs épouses et descendants d'acheter les biens du mineur. Bien entendu, le texte vise le juge de paix, président du conseil de famille, qui a pris part à la décision de mise en vente des biens respectifs.

Dans les textes ci-dessus, la loi parle seulement des biens. Nous croyons que ces règles de la loi s'appliquent également aux créances, parce que celles-ci sont aussi des biens (Cass. N° 668/1907, II. — Boilladjieff et Mintcheff, p. 337).

Les personnes dont parle la loi sont les surveillants des intérêts des mineurs, mis sous leur autorité; l'opposition de leurs propres intérêts avec ceux du mineur (ou de l'interdit) opposition presque inévitable dans les opérations de ce genre, doit être évitée.

2. Par application des règles régissant le contrat de vente (art. 229, al. IV, V et VI) nous dirons que *a*) les mandataires sont incapables aussi de se rendre cessionnaires des créances, qu'ils ont mandat de céder; *b*) les administrateurs d'une commune ou d'un établissement public peuvent se rendre cessionnaires des créances composant le patrimoine qu'ils ont pouvoir de vendre.

Sous l'expression « administrateurs » il faut comprendre le

maire de la commune et ses adjoints — relativement aux biens communaux; — les conseillers municipaux, en ce qui concerne la vente des droits et créances à la décision de vente desquels ils ont pris part (Cass. N° 433/899, II, Issaïleff, p. 120; les fonctionnaires et les employés de la commune, dont le travail (les fonctions) sont de telle manière qu'elles sont étroitement liées avec les opérations de vente de ces biens qui les mettraient à même de tirer frauduleusement parti de ces opérations ou d'une manière générale de causer à cette occasion, un préjudice à l'établissement intéressé.

Au contraire, l'administrateur d'une société commerciale n'est pas soumis aux défenses de l'art. 229 du Code des Obligations. Les Sociétés commerciales ne sont ni communes, ni institutions sociales; elles sont établies par les initiatives privées en vue de réaliser des bénéfices au moyen des entreprises diverses auxquelles elles se livrent, tandis que les communes et les établissements publics sont établis par la loi au profit de la Société (Cass. N° 483/1899, I, Issaïleff, p. 120).

Quelles sont les sanctions des défenses faites par l'art. 229 ?

D'après les termes de l'art. 1035 du Code de procédure civile, dont les règles sont d'ordre public — et sont observées par les juges *ex officio*, — la vente par adjudication est nulle, si le bien, objet de la vente, est acquis par une personne qui n'avait pas le droit de prendre part à la vente. D'autre part, l'art. 229 énumère les personnes qui n'ont pas le droit d'acheter les biens, même à une adjudication, à peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par des personnes interposées. Tous les contrats, et les opérations énumérés par les articles ci-dessus sont nuls de droit, parce qu'ils sont des actes inadmissibles juridiquement, comme expressément défendus par la loi (art. 229). Les contrats ayant pour objets des opérations illicites sont nuls, de nullité absolue et doivent être déclarés nuls par les tribunaux *ex officio* (*Qui contrat legem agit nihi laigit*) car les défenses en question sont établies également dans l'intérêt public, dont la sauvegarde est assurée par les règles contenues dans l'art. 1035 du Code de procédure civile. L'expression « à peine de nullité » n'est pas employée accidentellement (par hasard) par le législateur. Aussi, l'art. 229 du Code des Obligations s'exprime-t-il de même, qui déclare identiquement nuls de nullité absolue les contrats qui n'ont pas été passés dans les formes requises.

En raison des dispositions des textes de notre loi, art. 229 du Code des Obligations et l'art. 1035 du Code de Procédure civile relative au caractère public des défenses prescrites, d'autre part, en raison de l'interprétation constante adoptée par la Cour de Cassation l'opinion contraire de certains auteurs français interprétant l'art. 1596 du Code civil, en ce sens que la nullité des contrats basée sur l'incapacité des parties, est une nullité relative, ne peut être admise chez nous (Cass. N° 228/923, III, Revue des Avocats, IV, 5; N° 389/899, I). Contra : Mevorach, Commentaire, p. 467, sous l'art. 229.

3. « Les juges, les personnes du Parquet, les secrétaires, huissiers, les avocats et les notaires, ne peuvent acquérir des droits litigieux qui sont de la compétence des Cours d'Appel, des Tribunaux ou des juges de paix, dont il font partie, ou dans le ressort desquels ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et des dépens, dommages et intérêts.

« Les cas visés dans l'art. 326 font exception aux règles ci-dessus.

« Les avocats, encore, ne peuvent, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, faire avec leurs mandants aucune convention, ni contrat de vente, donation, échange ou autres droits semblables, sur les choses conclues dans les procès à eux confiés, sous peine de nullité, dépens et dommages-intérêts » (art. 230 du Code des Obligations).

Parmi les personnes énumérées dans l'alinéa I ci-dessus, il faut comprendre les candidats, juges dont les droits sont déjà reconnus, les juges d'instruction — dans la catégorie des juges; les candidats avocats, les avocats adjoints, les médiateurs, — dans la catégorie des avocats.

Les cas prévus à titre d'exceptions dans l'art. 326 du Code des Obligations, sont : 1) quand la cession est faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé; 2) lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû; 3) lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage, objet du droit litigieux.

Les considérations qui ont entraîné l'adoption de ces restrictions sont de deux natures : d'abord, il serait contraire à l'honnêteté publique, à la dignité et à la considération des fonctions des personnes visées dans l'art. 230 de les voir s'abaisser à faire métier d'acheteur des procès; en second lieu, dans ces textes, le légis-

lateur fut poussé par le désir d'empêcher l'avocat de mettre plus d'habileté, attention et travail dans les procès, dont le résultat est dans son intérêt propre. Dans un tel procès, il serait partie, d'où le danger qu'il ne travaille pas avec le désintéressement et l'impartialité qui doivent toujours l'animer, en raison de son caractère d'auxiliaire de la justice.

Les droits litigieux inaccessibles aux avocats sont tous les droits litigieux, quels qu'ils soient, même ceux à la solution desquels l'avocat ne participe pas. Cela est évident en raison de la rédaction même de l'alinéa I et également de la circonstance que dans l'alinéa III, le législateur s'occupe particulièrement des procès confiés aux avocats. C'est le contrat de rémunération qui est seul permis à l'avocat avec son client. Il doit recevoir une rémunération suffisante, mais cela ne veut pas dire qu'il peut devenir intéressé dans le procès.

La loi défend aux personnes énumérées « d'acquérir » des droits litigieux. (Le texte français dit : « ne peuvent devenir cessionnaires des procès »... art. 1597 du Code civil; le texte italien : « Non possono essere cessionari delle liti »). La défense ne s'applique donc pas exclusivement aux contrats de vente, mais à toutes les transmissions de droits litigieux, ayant le caractère des opérations à titre onéreux : vente, cession, échange, etc... L'acquisition par décès ou donation nous paraît pas comprise dans cette interdiction. De même, les opérations énumérées ne sont pas défendues, lorsque les personnes ci-dessus prennent part comme « cédants » et non pas comme cessionnaires (Mevorach, commentaire, p. 474).

Quelle est la sanction de cette prohibition ? C'est la même et par les mêmes motifs que nous avons déjà exposés sur l'article 229. La cession est défendue « à peine de nullité des dommages et intérêts et des dépens » dit l'art. 230. La nullité de la cession est absolue et, par conséquent, le cessionnaire lui-même peut la demander (1). En effet, il est de principe que les nullités que prononce la loi sont absolues; ce n'est que par exception qu'elles sont relatives, et elles sont relatives lorsque leur fondement se trouve dans l'intention, de la part du législateur, de protéger une per-

(1) Cass. N° 1019/1904 L. Issaïeff, p. 122.

sonne. La question revient donc à se demander si l'on se trouve ici dans un cas exceptionnel ? Nullement, car le motif sur lequel repose l'art. 230 est un motif d'ordre public. C'est le cas d'appliquer l'art. 24 qui porte que l'obligation dont la cause est illicite ne peut avoir aucun effet.

Les auteurs français sont divisés sur le point de savoir si la nullité prévue par l'article 230 est absolue ou relative. Les uns (Guillouard — Vente et échange, t. I, n. 140; Hue — De la transmission... etc., t. I, p. 378; Laurent, t. XXIV, N° 63) soutiennent que la nullité est absolue et d'ordre public et qu'elle peut être invoquée par le cédant, par celui contre qui est invoqué le droit cédé et par le cessionnaire lui-même. Les autres (Aubry et Rau, V, § 359, n° 9; Baudry-Lac. et Saignat, n° 266/267; Colin-Capitant, t. II, p. 435) au contraire, estiment que la sanction de l'incapacité édictée par l'art. 1597 du Code civil (resp. 230 du Code bulgare) est une nullité relative, susceptible d'être invoquée seulement par ceux que la loi a entendu protéger, c'est-à-dire par les représentés. Mais comme nous l'avons déjà dit, à propos de l'art. 229, cette controverse ne peut pas se produire dans notre loi, en raison des textes mêmes des articles 229, 230 du Code des Obligations, de l'art. 1035 de la procédure civile.

En ce qui concerne les principes admis par le Code des Obligations en matière de droits litigieux, nous les examinerons plus loin.

Sur le point de savoir si le pacte *quota litis* est régi par l'art. 230 ?

Le pacte de *quota litis* est une convention par laquelle le titulaire d'un droit difficile à faire valoir, soit parce qu'il est douteux dans son principe, soit parce qu'il est d'un recouvrement difficile, traite avec un tiers qui, moyennant la promesse d'une quote-part de ce qui sera obtenu, se charge de faire à ses frais les démarches et les poursuites nécessaires.

Ce contrat n'est pas nul en principe. Mais la qualité de celui avec qui traite le propriétaire du droit litigieux peut rendre le contrat suspect. Aussi les considérations ci-dessus doivent le faire déclarer illicite, quand il est fait avec une des personnes énoncées dans l'article 230. La jurisprudence de la Cour de Cassation, dans plusieurs arrêts se prononce dans ce sens (Cass. N° 530/906, II, Revue juridique, 1908, liv. VI, p. 357; Cass., N° 668/907, II, Revue juridique, 1908, liv. I, p. 44).

CHAPITRE II.

Conditions de forme.

SECTION I.

Comment la cession devient parfaite entre les parties contractantes.

« La vente ou la cession d'une créance ou autre droit est parfaite et leur propriété est acquise de droit à l'acheteur ou cessionnaire dès qu'il y a accord sur la créance ou droit cédé et sur le prix, quoique l'acquéreur ne soit pas mis en possession.

« La délivrance s'opère par la remise du titre, prouvant la créance ou le droit cédé » — art. 316 du Code des Obligations.

Du texte même ci-dessus, il résulte que la cession de créances (ou la vente, comme dit la loi) est parfaite entre les parties contractantes, le cédant et le cessionnaire par le seul effet du consentement des intéressés. Aucune autre condition n'est requise : « la vente ou la cession est parfaite et la propriété acquise par l'acheteur dès qu'il y a accord »...

Si entre les auteurs français, il pouvait y avoir discussion au sujet des formalités requises pour la perfection de la cession et si on pouvait soutenir que, en dehors des deux conditions, d'accord sur l'objet de la cession (le droit ou la créance cédé) et sur le prix de cette transmission, une autre condition est nécessaire, celle de délivrance du titre qui prouve la créance cédée, chez nous, en vertu de l'aliéna I de l'art. 316, qui n'a pas son équivalent dans le Code civil français, une telle discussion ne peut se concevoir. On peut dire la même chose pour le droit français quoique à défaut de texte aussi catégorique, car si la délivrance est toujours exigible, on doit conclure que les créances non constatées par un écrit ne pourraient être cessibles. Conclusion évidemment fausse.

Par conséquent, en vertu de l'art. 316 du Code des Obligations, il n'y a que deux conditions requises pour la perfection du contrat de cession entre les parties (le cédant et le cessionnaire), à savoir : 1) Un consentement entre le cédant et le cessionnaire sur l'objet de la cession (le droit ou la créance cédée); 2) Consentement entre les mêmes parties sur le prix de la cession. Le seul consentement transfère la propriété de la créance (ou du droit) du cédant au cessionnaire. Ni la délivrance du titre prouvant le droit ou la créance cédée, ni aucune autre condition d'aucune sorte n'est requise pour la perfection du contrat, entre le cédant et le cessionnaire (Colin et Capitant, tome II, p. 147). Telle est la solution admise par la Cour de Cassation : arrêts N° 27 (52)/914, II. — Cantardjoeff, p. 171). En effet, le texte lui-même (al. II de l'art. 316, respectivement art. 1689 du Code civil français) nous montre que le législateur n'a pas voulu faire de la remise du titre une condition de la perfection de la cession entre le cédant et le cessionnaire, mais seulement indiquer un procédé de la délivrance de ce titre.

Quant au débiteur la cession ainsi intervenue est *res inter alios acta*; pour lui, il est indifférent qui sera son créancier : X ou Y; il importe bien pour lui de savoir à qui X ou Y il aura à faire un paiement libératoire, il va l'apprendre par la signification dont parle l'art. 317 du Code des Obligations, dont nous nous occuperons plus loin.

En ce qui concerne l'accord sur l'objet, nous n'avons rien de plus à mentionner.

En ce qui touche l'accord sur le prix, nous ferons d'abord remarquer que si le prix est indispensable dans une cession faite à titre onéreux, il n'en est pas de même dans une cession à titre gratuit. Dans une cession à titre onéreux, il faut qu'il existe une contre-valeur de la créance cédée. Cette contre-valeur peut consister en argent, ou dans l'obligation de payer une somme d'argent, ou dans une autre créance cédée en échange; la cession peut aussi avoir été faite à titre de paiement *in solutum*. En général, les règles contenues dans l'art. 226 du Code des Obligations, relatives au prix dans la vente sont applicables également à la cession.

Pour terminer sur la question du prix, il faut mentionner que l'action en rescision pour cause de lésion (art. 308 du Code des Obligations) ne peut pas être admise en cas de cession de créances (et

autres droits) (Huc : p. 385, t. I, § 369). Pour que la rescision soit admise, il faut qu'il soit possible d'apprécier la lésion; or, cette appréciation est manifestement impossible quand il y a incertitude absolue sur la valeur de la chose cédée; il est assez difficile, en effet, de déterminer la véritable valeur d'une créance, même lorsque le débiteur est actuellement solvable. D'autre part, le cessionnaire prend à sa charge, non seulement les risques de l'insolvabilité éventuelle du débiteur, mais encore les frais et les dépens du recouvrement. Tout cela doit évidemment intervenir dans la détermination du prix. La cession d'une créance sera donc valablement quel que soit le prix moyennant lequel elle aura eu lieu (Huc, p. 382, loc. cit., par. 266).

Faut-il un écrit pour la validité de la cession? Non, puisque la propriété se transfère par le seul effet du consentement (art. 316, al. I, resp. art. 1583 du Code civ.). L'écrit n'a d'utilité qu'au point de vue de l'application des règles de la preuve. Par conséquent, le contrat de cession peut être verbal, sous seing privé ou par acte authentique, selon la forme d'après laquelle aura eu lieu le contrat même de cession (verbale, sous seing privé ou par acte authentique) ainsi que d'après les règles du Code de procédure civile, on aura à prouver par des moyens différents.



SECTION II.

Comment s'opère la cession de créances à l'égard des tiers?

Si la cession de la créance est parfaite entre les parties par le seul effet du consentement, il n'en est pas de même quant aux tiers. Le transport ne produit tous ses effets à l'égard des tiers que par l'accomplissement de certaines formalités.

L'article 317 du Code des Obligations (resp. art. 1690, al. I du Code civil) qui régit cette matière, décide :

« Le cessionnaire n'acquiert des droits à l'égard des tiers que par la signification du transport au débiteur ».

Ce texte est suffisamment clair pour qu'il ne donne pas lieu à des interprétations différentes. Le terme « saisi » emprunté au Code civil français, soulève de vives discussions chez les auteurs français. Cependant, chez nous, il est traduit par le mot « acquiert » dont le contenu juridique ne peut soulever aucune discussion ni interprétations différentes.

Donc, c'est une publicité qu'organise l'art. 317 pour que le transport soit opposable aux tiers. Le cédé lui-même, doit nécessairement être averti d'un contrat auquel il est en principe, resté étranger, pour qu'il ait à répondre de son obligation vis-à-vis du nouveau titulaire de la créance. Les tiers ont intérêt à être informés des changements survenus dans le patrimoine du cédant au cas où ils auraient déjà contracté avec lui ou s'ils devaient le faire ultérieurement.

La signification joue un rôle de publicité, car on suppose qu'avant de traiter avec le créancier en vue de l'achat ou de la prise en gage de la créance, avant de faire pratiquer contre lui une saisie-arrière, les tiers, autres que le cédé (autres cessionnaires de la même créance, créanciers gagistes, créanciers saisissants) se renseignent auprès du débiteur pour savoir de celui-ci s'il ne s'est pas libéré et (s'il est encore débiteur) quel est actuellement son créancier. Et si le débiteur a déjà reçu la signification, il sera à même de renseigner les tiers qui viendraient s'informer auprès de lui. C'est une publicité assez imparfaite, mais on n'a pas pu en trouver de plus satisfaisante (1).

Nous diviserons en 4 paragraphes l'étude que nous avons à faire de cette section. Nous examinerons d'abord ce qu'il faut entendre par la signification et comment elle se fait; qui sont les tiers dont parle l'art. 317; et quels sont les effets de la signification.

§ 1. *De la signification au débiteur.*

La signification est l'acte par lequel le débiteur est informé que la dette qu'il est tenu d'acquitter, a été cédée à un autre envers qui il se trouve désormais tenu. En d'autres termes, la signification est

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat : La vente et l'échange, III^e éd. 1908, Paris, p. 812, (loc. cit.).

Colin-Capitant, t. II, p. 148.

un avertissement fait au débiteur de s'abstenir dans l'avenir de toute libération vis-à-vis de son créancier primitif, la créance étant sortie du patrimoine de celui-ci. Elle contient implicitement la menace contre le débiteur, qu'il s'expose à un deuxième paiement s'il ne tient pas compte de cet avis. En outre, elle a pour effet d'investir le cessionnaire de la créance cédée, dans ses rapports avec les tiers, et c'est ici son principal effet.

Quant à la forme que prendront les parties intéressées pour faire la signification, la loi ne se prononce pas, ce qui implique qu'on peut employer tous les modes possibles : verbale, téléphonique, par intermédiaire, par la poste, par un acte authentique ou sous seing privé (Prof. Dr Fadinechecht; Mevorach, Commentaire, p. 617 sous l'art. 317; Cass., N° 61 (119) 1914, II, Cantard-jieff). Sans doute, la preuve de la date où le débiteur aura reçu la signification sera susceptible de soulever des difficultés, surtout dans le cas où elle aura été faite par la poste, par lettre non recommandée. La loi ne se prononce plus sur les preuves de la date de la réception (ou remise), ce qui prouve qu'il faut en revenir au droit commun. Il est très facile d'admettre que dans le cas où la signification est faite à la personne, verbalement, le moment de son acceptation coïncide avec celui de la signification elle-même. Or, dans le cas où la signification s'opère par la poste — une lettre non recommandée, — il y a tant de moments qui peuvent être admis : celui de la mise à la poste, du transport de la lettre, de sa remise au débiteur, autant de moments susceptibles d'être adoptés comme étant celui où la signification doit être reconnue parfaite. D'autre part, comme on va le voir plus loin, ce moment est très important pour l'application de l'article 318 du Code des Obligations. L'inconvénient résultant du défaut de texte spécial sur la forme de la signification est évident; c'est une lacune dans la loi, lacune dont l'importance apparaît surtout dans les difficultés que soulève la détermination du moment où la signification produit ses effets, en particulier, celui qui naît de l'obligation du débiteur de payer désormais entre les mains du cessionnaire. Dans cet état du droit positif, nous sommes portés à admettre qu'en cas de signification faite à la personne, le moment même de la signification est celui où elle produit

son effet (si la signification est faite par une lettre, c'est au moment de sa remise au débiteur que se produisent ses effets).

Par conséquent, quoique la signification puisse être faite verbalement, par intermédiaire ou par la poste, il sera de l'intérêt des parties de préférer la forme authentique, au moins un acte écrit sous-seing privé (Cass., N° 89/903, I, Boilladjieff, p. 400 : « sans doute, la signification au débiteur de la cession du titre d'exécution sera faite, en général par l'huissier qui va mentionner dans la citation même au débiteur que ce dernier doit payer entre les mains du cessionnaire, en raison de ce que la loi ne prévoit aucune forme pour la signification au débiteur »).

Le procès intenté par le cessionnaire contre le débiteur en raison du paiement de la créance cédée équivaut à la signification. C'est l'opinion des auteurs et de la jurisprudence bulgares (Cass., N°s 132/899, I, Boilladjieff, p. 395; 266/10, III, 1928, II, Revue « Jurisprudence bulgare », an II, liv. 10, p. 293). Dans ce cas, le moment où la signification produira ses effets sera : la date de la citation en justice du débiteur pour la première séance, si le procès est intenté en justice de paix; la date de la remise de la copie de l'assignation, dans le cas où le procès est intenté devant le tribunal.

D'après l'opinion générale des auteurs en France, la signification au débiteur doit être faite officiellement, par l'intermédiaire d'un officier public, qui, dans ce cas, ne peut être que l'huissier. C'est donc par exploit d'huissier que la signification sera faite suivant les règles ordinaires de tous les exploits, parce que ce sont les huissiers qui peuvent donner à la signification une force probante, le caractère d'authenticité et date certaine. En effet, c'est le seul moyen de signification qui ne soulève pas de difficultés sur la détermination du moment où elle produit ses effets et qui ne laisse place à aucune chicane entre les parties et le débiteur. Mais par les considérations ci-dessus développées, on ne peut pas l'admettre en droit bulgare.

Que doit contenir la signification ? L'art. 317 parle de... la signification du transport... » il s'ensuit que c'est l'acte même du transport (ou cession), c'est-à-dire la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire, qui doit être signifiée. Il suffit que le débiteur soit mis à même de connaître la nature et la qualité de la créance dont il s'agit, et pour laquelle le créancier originaire a

changé; qu'il connaisse le nouveau créancier pour ne pas se tromper sur la personne envers laquelle il se trouve désormais obligé et sur la créance. C'est tout ce que la loi veut. Aussi cette connaissance n'exige pas nécessairement une copie littérale de l'acte de transport, parce que, nous l'avons déjà dit, la signification peut se faire même verbalement; de même, il n'est pas nécessaire que la signification contienne les clauses du contrat du transport, qui n'intéressent en rien ni le débiteur, ni les autres tiers (Cass., 51/901, II, Issaïlleff, p. 145. Cass., N° 61 (268) 921, II, Cantardjief, p. 316).

Relativement au contenu de la signification, il faut remarquer aussi que, quoiqu'elle puisse être faite dans toutes les formes possibles, elle ne doit pas laisser au débiteur l'impression qu'elle n'est pas sérieuse. Dans tous les cas de doute de la part du débiteur, elle doit être appuyée par des preuves au moins élémentaires. Par exemple, il serait insuffisant pour le débiteur de recevoir une notification verbale de la part d'une tierce personne qui se présenterait à lui et lui dirait : « La créance que M. Y a contre vous, en qualité de créancier m'a été cédée à moi; payez-là moi ! ». Dans ce cas, le débiteur aura le droit de demander certaines preuves relatives à la cession prétendue, cela va de soi. Les preuves, à cet égard, seront différentes suivant les cas.

La signification peut être faite, soit à la requête du cédant, soit à celle du cessionnaire, comme le dit expressément l'art. 318 (1691 C. civ.) du Code des Obligations. C'est le plus souvent le cessionnaire qui la fait faire, car il est particulièrement intéressé à ce que son acquisition devienne opposable aux tiers. Qu'elle soit faite à la requête du cédant ou à celle du cessionnaire, la signification produit d'ailleurs les mêmes effets, les art. 317-318 ne distinguent pas (Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 815, loc. cit. Cass., 132/899, II, Issaïlleff, p. 178).

La signification doit être faite au débiteur. C'est bien simple dans le cas où il n'y en a qu'un. Mais supposons qu'il y en ait plusieurs tenus d'une même dette, la signification devrait-elle être adressée à tous ou simplement à l'un d'eux ? Deux situations sont à distinguer dans ce cas :

1. *Ce sont des débiteurs conjoints.* — Dans une obligation où il y a plusieurs débiteurs conjoints, par exemple plusieurs héritiers d'un débiteur défunt, l'obligation est divisible de plein droit entre

eux. Chacun ne doit qu'une quote part. Par suite, le cessionnaire qui a signifié la cession à l'un d'eux seulement ne se trouve saisi que pour la fraction due par ce débiteur; s'il veut être saisi pour le tout et envers tous, il devra signifier le transport à chacun des débiteurs conjoints.

2. *Ce sont des débiteurs solidaires.* Dans ce cas, la question est controversée entre les auteurs français. Les uns trouvent que la signification faite à un seul des débiteurs solidaires produit effet pour toute la créance et qu'elle rend la cession opposable aux tiers pour le tout, parce que, disent-ils, chacun doit tout (Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 815, § 772; Aubry et Rau, t. V, p. 203). Les autres, tout au contraire trouvent que, dans ce cas, de solidarité parmi les débiteurs, la signification doit être faite à chacun d'eux, puisque chacun est intéressé à connaître le transport (Laurent, t. 24, N° 503; Huc, Traité, etc., t. II, n° 334, p. 15). A cet égard, M. Huc s'exprime ainsi : « La circonstance que dans une telle obligation chacun des codébiteurs est mandataire des autres *ad perpetuandam obligationem* est indifférente car la signification est un procédé essentiellement relatif; faite à un seul des cohéritiers solidaires, elle n'empêcherait pas les autres de se libérer valablement entre les mains du cédant ou même d'un second cessionnaire. D'ailleurs la solidarité n'est qu'une clause du contrat cédé, le cessionnaire ne peut se prévaloir de cette clause avant d'être saisi de la créance elle-même, et il ne peut en être saisi que par la signification. Il faut donc que la signification s'adresse à chacun des co-obligés. Même solution dans le cas d'indivisibilité.

Cette solution s'impose d'autant plus que, d'après la loi, la signification doit être faite au débiteur pour que celui-ci soit informé et puisse informer les tiers. Chacun des coobligés doit donc être considéré comme s'il était seul, et recevoir une copie de l'exploit de signification puisque les tiers peuvent s'adresser à lui pour prendre les renseignements nécessaires » (Huc, Traité, etc., tome II, N° 334, p. 15).

Et nous sommes portés à croire que cette dernière solution est d'autant plus vraie que les adversaires de cette opinion sont unanimes à reconnaître que si l'un des débiteurs solidaires, auquel la signification n'a pas été faite, paie le cédant, ce paiement sera libératoire. Alors, il faut faire la signification à chacun des débi-

teurs solidaires pour que le cessionnaire soit saisi pour le tout et envers tous.

Le même point de vue est adopté en Bulgarie aussi par M. Mevorach (commentaire, sous les art. 317-318 du Code des Obligations.

De même, au cas où le débiteur est un incapable ou une personne morale, on peut poser la règle suivante; en principe la signification doit être faite à celui qui est le représentant légal du débiteur. Ainsi : pour l'Etat, le Préfet; pour la commune, le Maire. Si le débiteur est un mineur en tutelle, — au tuteur, pour les mineurs émancipés, — la signification doit être adressée au mineur émancipé lui-même, et il n'est pas nécessaire de la signifier également à son curateur (Baudry-Lac., p. 816, n° 773).

Quand il n'y a pas eu de signification de tout, le fait même que le débiteur a eu des renseignements et que la cession intervenue lui était connue, est-il suffisant pour qu'elle puisse lui être opposée ? A cette question, nous répondons de la manière suivante; le fait que le débiteur connaît la cession ou transmission, est suffisant pour que cette cession puisse lui être opposée. Le fait de la connaissance de la cession par le débiteur sera apprécié souverainement du juge qui connaîtra du litige et avec toutes les circonstances qui établissent ou infirment ce fait; comment il l'a connu, comment il l'a accepté, quelle impression il en a éprouvé, comment il l'a manifestée, la portée réelle de la question, etc., etc., pour qu'on puisse accepter cette connaissance comme un fait. Au commencement de la présente section II, quand nous parlions particulièrement de la signification de son but et de sa forme, nous avons dit qu'elle est l'acte par lequel le débiteur est informé que la créance dont il est tenu de s'acquitter a été cédée à un autre envers qui il se trouve désormais tenu. Par conséquent le but le plus proche de la signification est d'informer le plus tôt possible le débiteur du changement de créancier qui va l'avertir de ne pas payer au créancier primitif; un paiement pareil est déjà inefficace, tu vas te libérer (dans l'avenir) dorénavant entre les mains de M. X. le cessionnaire, voilà le but de la signification; voilà l'effet d'information. Comment doit être faite cette information ? De toutes les manières possibles. Pourquoi alors ne pas accepter que le débiteur qui a appris *positivement* (« le fait que le débiteur sait »)

la réalisation de la cession en est suffisamment informé et, par conséquent, que dès ce moment, chaque paiement fait au créancier primitif est inefficace, parce qu'il est clair qu'un tel débiteur n'est pas de bonne foi. Par exemple : la femme du débiteur, habitant avec lui, est secrétaire d'un banquier, à la fois créancier et cédant; elle est présente au moment de la cession de la créance, et comme secrétaire, c'est elle qui fait l'acte qui constate la cession et après signature par les parties, c'est elle qui le remet au cessionnaire. Tout de suite, elle dit tout, sans en avoir été chargée par personne, au débiteur — son mari; — celui-ci envoie immédiatement M. B. en son nom prier le cessionnaire de lui accorder encore un délai pour le paiement de la somme qui lui est dûe en vertu de la créance qui vient de lui être transmise par la cession.

Dans ce cas, étant admis bien sûr que tous ces faits ont été complètement prouvés devant le juge, il faut bien admettre que le débiteur ne peut plus invoquer le défaut de signification parce que le fait qu'il a su, est suffisant. C'est l'opinion qui a été admise par la Cour de Cassation dans son arrêt N° 260/1897, II, Issaïlleff, p. 147. (Opinion contraire, Mevorach, commentaire au Code bulgare des Obligations, sous art. 317 et 318).

Cette question est très controversée en France, mais la question y est posée tout à fait autrement; comme nous l'avons déjà dit plus haut, en France, il est admis en général que la signification doit être faite dans une forme officielle écrite. Chez nous, cette condition n'est pas exigée. La signification peut être faite de toutes les manières possibles, par conséquent, aussi par un intermédiaire, si on n'envisage que « l'information » du débiteur, il faut accepter que le fait qu'il a connu la cession est suffisant. Malgré tout, M. Laurent (tome XXIV) soutient que la seule connaissance acquise par un intéressé du fait de la cession, ne lui permet pas d'opposer le défaut de signification.

La loi ne fixe aucun délai dans lequel la signification doit être faite. Par suite, à quelque époque que ce soit, le cessionnaire ou le cédant peuvent valablement remplir cette formalité. C'est surtout le cessionnaire qui aura intérêt à se hâter, car les tiers peuvent acquérir à leur préjudice, des droits sur la créance cédée. Si par exemple, celle-ci, pendant l'intervalle qui se serait écoulé entre la cession et la signification, est frappée de saisie-arrêt par l'un

des créanciers du cédant. Néanmoins le cédant lui-même pourrait avoir intérêt de faire la signification et de se hâter, par exemple, pour empêcher que la créance qu'il cède ne se compense avec une créance que le cédé pourrait ou devrait acquérir contre lui à bref délai. C'est donc l'intérêt soit du cessionnaire, soit du cédant, qui va les guider pour la plus prompte signification.

Mentionnons encore que la signification régulièrement faite, produit des effets définitifs irrévocables et perpétuels; en ce sens qu'elle n'a pas besoin d'être renouvelée pendant toute la durée du droit lui-même.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, les dispositions relatives à la matière de la cession de créances dans le Code bulgare des Obligations, sont empruntées au Code civil français. Néanmoins, le législateur bulgare y a apporté quelques modifications, quoique insignifiantes. Aussi dans son art. 1690, le Code civil français prévoit un second moyen pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers : à savoir « l'acceptation » du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Il vous paraît que notre législateur a omis de se prononcer pour ce second moyen, l'acceptation, qu'on pourrait expliquer en bulgare par les mots : « prendre acte de ». Nous acceptons complètement l'opinion de M. le Prof. Dr Fadinchecht que l'acceptation dont nous parle l'al. II de l'art. 1690 du Code civil vaut la signification dans l'art. 317 du Code bulgare des Obligations (Dr Fadinchecht, p. 85). D'autant plus que nous avons admis l'opinion que « le fait de savoir » de la part du débiteur, que la cession est intervenue, suffit pour qu'on puisse la lui opposer. Par conséquent, lorsque le savoir est énoncé dans un acte authentique, un acte sous seing privé ou une lettre émanant du débiteur, ou quand celui-ci se présente au cessionnaire en vue de s'acquitter, la dette résultant de la créance cédée, avant qu'il ait reçu la signification, dans tous ces cas, on doit d'autant plus admettre, que ce fait de savoir est suffisant et qu'il n'y a pas besoin d'une signification spéciale à ce même débiteur. D'autre part, l'acceptation elle-même prouve que le débiteur « a connaissance » de la situation de propriété de la créance (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 775, p. 823). L'acceptation faite par le débiteur veut dire seulement qu'il connaît la cession et qu'il ne fera rien qui lui fasse obstacle. La même conséquence résultera d'une

simple acceptation verbale, même d'une acceptation tacite » (les mêmes auteurs et ouvrages, p. 854) : « l'acceptation par acte séparé peut être faite par le débiteur hors la présence du cédant et du cessionnaire, et il n'est pas nécessaire qu'elle soit notifiée à l'un ou à l'autre » (1). Quoiqu'elle soit ignorée des deux, elle atteste la connaissance de la cession par le débiteur, ce qui suffit pour rendre cette cession opposable aux tiers (Baudry-Lac. et Saignat, N. 780, p. 825).

§ 2. *Quels sont les tiers, du point de vue de l'art. 317 ?*

L'art. 317 porte que le cessionnaire n'acquiert des droits à l'égard des *tiers*, que par la signification du transport faite au débiteur. Quels sont les tiers désignés par notre article envers lesquels le cessionnaire n'acquiert pas des droits que par la signification du transport, et qui peuvent par suite se prévaloir du défaut de signification ?

En règle générale l'expression *tiers* est opposée à celle des *parties contractantes* (art. 35 du Code des Obligations) et il serait naturel de penser que toute personne autre que les deux qui figurent nécessairement dans la convention est un tiers et peut se prévaloir du défaut de la formalité légale du transport. Mais le sens du mot tiers varie selon la matière à propos de laquelle on le trouve employé et selon le but que le législateur s'est proposé d'atteindre. Ainsi par exemple, l'acceptation du mot sera différente selon qu'il s'agit de la translation de la propriété des objets corporels ou qu'il s'agit de la date certaine des actes sous seing privé et toute autre sera la solution, en matière de translation de la propriété des droits réels immobiliers.

En nous attachant à la matière à laquelle l'expression s'applique et en accord des motifs qui ont inspiré le législateur dans la rédaction de l'art. 317, nous empruntons la définition que donne à cet égard MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat, dans leurs ouvrages déjà cités, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la Vente et de l'Echange*, page 829 ainsi conçu : « les tiers sont tous ceux qui n'ont pu être parties à la cession et qui ont un intérêt légitime à la connaître et à la contester ». Le principe ainsi

(1) Huc, t. II, N° 344, p. 29.

posé, nous pouvons déterminer facilement les personnes qui peuvent se prévaloir, à défaut de signification. En premier lieu, nous plaçons :

1. *Le débiteur cédé.* — Il a un intérêt majeur à connaître la cession pour éviter de faire un paiement à une personne dont il ne serait plus débiteur. Il aurait intérêt également à contester la cession si, obligé à un second paiement entre les mains du cessionnaire, il trouvait le cédant insolvable en se retournant contre lui. L'art. 317 doit être par conséquent observé en ce qui concerne le débiteur cédé pour que la cession lui soit opposable. A cet égard, si le débiteur cédé doit être considéré comme un *tiers* au sens de l'art. 317, ou non, la Cour de Cassation nous semble avoir émis une opinion inexacte dans son arrêt N° 266/29 III, 1928, II (Jurisprudence bulgare, an II, liv. 10, p. 293) ainsi conçu : « Par les motifs de la décision du tribunal, on voit que le juge accepte que le contrat de cession doit être signifié au débiteur pour qu'il puisse lui être opposable; sinon, le débiteur pourrait payer entre les mains du cédant et se libérer valablement de sa dette, puisque cette signification au débiteur n'est pas faite (aussi, elle devrait être faite par acte authentique); il en résulte que la demande du cessionnaire doit être rejetée. Par ces considérations, on comprend bien que le tribunal a mal saisi la raison de l'article 317 du Code des Obligations. Le cessionnaire n'acquiert de droits à l'égard des *tiers*, que par la signification du transport faite au débiteur. Evidemment, on parle ici de l'acquisition des droits à l'égard des tiers, non pas à l'égard du débiteur. Ces derniers les acquièrent de la manière indiquée dans l'art. 316 du Code des Obligations. La non-signification au débiteur peut causer préjudice au cessionnaire, non pas par suite de son inacceptation, de ce qu'il ne l'a pas reconnue comme pour le créancier, mais par cela qu'il a été mis dans l'impossibilité de se faire payer sans la signification entre les mains du cédant, ou entre les mains d'une tierce personne indiquée par lui, le cédant, aussi d'opposer ce paiement au cessionnaire, qui pourrait ainsi demeurer non payé. Dans ce procès, le motif principal sur lequel s'est fondé le tribunal pour rejeter la demande, c'est la non-signification au débiteur de la cession intervenue. En décidant ainsi, le Tribunal a commis une violation grave des articles 316 et 317 du Code des Obligations, d'autant plus que le

fait même du cessionnaire de poursuivre en justice le débiteur cédé, constitue une signification suffisante au débiteur ».

A notre avis, par cet arrêt, la Cour de Cassation a donné une interprétation inexacte de l'expression de tierces personnes. En effet, la Cour a cassé avec raison la décision du tribunal car celui-ci a rejeté sans droit la demande du cessionnaire, mais non pas par les motifs de la Cour de Cassation, à savoir que le débiteur n'est pas un tiers (que pour la perfection de la cession, pour qu'elle puisse lui être opposable, elle n'a pas besoin de lui être signifiée), mais parce que : le fait de poursuivre en justice le débiteur, par sa demande même, le cessionnaire a rempli la condition requise : la demande valant signification — c'est le motif par lequel la Cour de Cassation aurait dû motiver son arrêt (V. ch. II, § 1).

Voilà nos considérations : en premier lieu, c'est une erreur de soutenir que le débiteur cédé n'est pas un tiers et que, par conséquent, le cessionnaire acquiert des droits vis-à-vis de lui sans lui signifier la cession intervenue. Une telle opinion est contraire au sens et à la raison même des articles 316, 317 et 318 du Code des Obligations; comme nous l'avons déjà dit, la cession est parfaite entre les parties par le seul effet du consentement, mais seulement entre les parties *contractantes*. Sans doute, le débiteur cédé est un tiers par rapport à la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire; le concours du débiteur n'est pas intervenu; il n'en sait rien; donc la cession ne saurait lui être opposable; elle est une *res inter alios acta* à son égard (art. 35 du Code des Obligations). Donc, le débiteur doit être considéré comme un tiers au sens de l'art. 317. C'est l'opinion soutenue par presque tous les auteurs français (Aubry et Rau : tome V, p. 202 : « On entend par tiers en cette matière tous ceux qui ont un intérêt légitime à écarter la cession pour faire maintenir des droits ou avantages acquis depuis sa passation. On doit donc considérer comme des tiers, non seulement le nouveau cessionnaire et le débiteur cédé, qui..., etc. »; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 788 : « Les tiers, ce sont tous ceux qui n'ont pas été parties à la cession et qui ont intérêt légitime à la connaître et à la contester, c'est-à-dire : 1° le cédé; 2° les ayants cause, etc. »; Hue, t. II, n° 362, p. 49; « Le débiteur cédé, qui n'est pas intervenu dans le contrat de cession, est donc un tiers, puisque la cession tend à modifier le droit

dont il était investi relativement à la manière dont il devait effectuer le paiement. Tant que la cession ne lui aura pas été notifiée, elle sera vis-à-vis de lui comme non avenue »; Colin et Capitant, t. II, p. 149 : « Le cessionnaire de la créance, armé d'un titre exécutoire, ne pourra pas poursuivre l'exécution des biens du débiteur cédé, avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690 »).

D'autre part, la Cour de Cassation accepte que le débiteur a le droit de considérer le cédant comme son créancier, tant qu'il ne sera pas averti de la cession et de payer valablement entre les mains de celui-ci. Dans cette condition, quelle portée plus considérable aurait pour le cessionnaire la signification au débiteur cédé ?

Voici pourquoi la Cour de Cassation a une opinion fautive en acceptant que le débiteur n'est pas un tiers au sens de l'art. 317; autrefois la jurisprudence de la Cour définitivement établie était contraire à celle-ci. Ainsi dans son arrêt N° 61 (119)/1914, II (Cantardjéff) la Cour a remarqué avec raison que : « la cession de créances, parfaite entre le cédant et le cessionnaire, par le seul effet du consentement, ne devient parfaite à l'égard du débiteur cédé que par la formalité requise par l'art. 317 du Code des Obligations ». Dans le même sens (que le débiteur cédé est un tiers), la Cour s'est prononcée par son arrêt N° 132/1899, Issaïlleff, p. 147.

En ce qui concerne la différence entre l'efficacité de la signification pour le débiteur et pour les autres tiers, il faudrait faire une différence, mais notre Code des Obligations ne la connaît pas. En effet, la publicité de l'art. 317 est peu efficace et quelquefois, elle devient illusoire à l'égard des tiers autres que le débiteur. A leur égard, la loi établit une présomption qu'ils s'enquériront auprès du débiteur cédé, ainsi qu'ils seront plus ou moins infirmés selon la bonne foi de celui-ci qui peut refuser de répondre ou répondre négativement, alors qu'il a reçu signification, bien que dans ce dernier cas, il s'expose à des dommages-intérêts. Dans tous les cas, la publicité édictée par la loi ne donne pas une garantie suffisante et sérieuse aux intéressés qu'elle prétend protéger. Il serait mieux, à notre avis, par une modification de l'art. 317, d'établir, soit deux sortes différentes de significations, l'une au débiteur cédé, l'autre pour les tiers autres que celui-ci, cette dernière devant être officielle, soit supprimer cette formalité de signification et admettre que la créance devrait être transmise par voie d'endossement. Cette

lacune de la loi devrait être complétée de l'une ou l'autre des manières ci-dessus.

2. *En second lieu, ce sont les ayants cause à titre particulier du cédant qui ont acquis des droits sur la créance cédée et qui peuvent se prévaloir du défaut de signification* (Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 831).

Dans cette catégorie, on peut citer :

a) *Les autres cessionnaires de cette créance.* Chaque cessionnaire est un tiers par rapport aux autres cessionnaires du même droit. Sans doute, par rapport au cédant, dont il tient son droit, il est un ayant cause; mais par rapport à celui à qui le cédant a transporté le même droit, il est un tiers, car chaque cessionnaire est étranger au contrat qui a transféré le même droit à l'autre (1).

Il est facile donc de voir quel intérêt le deuxième cessionnaire a à reconnaître et à contester la cession antérieure à raison du droit qu'il a acquis sur la créance. Si le premier cessionnaire n'a pas fait la signification au débiteur en se conformant à la loi, le second cessionnaire qui a signifié considérera la cession antérieure comme ne lui étant pas opposable.

Si deux cessions ont été signifiées le même jour, et que l'heure de chaque signification soit indiquée dans l'acte qui la constate, celle qui a été signifiée la première l'emporte sur l'autre (Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 832, n° 790).

b) *Un créancier gagiste.* Le créancier à qui le cédant a donné la créance en gage, est un tiers par rapport au cessionnaire postérieur de la même créance. Celui-ci n'est saisi de la créance à l'égard du créancier gagiste que par la signification; de son côté, le créancier gagiste n'a de privilège à l'encontre du cessionnaire que si lui-même a signifié le nantissement au débiteur avant la cession. Le conflit entre eux se règlera de la même manière que le conflit entre deux cessionnaires successifs.

c. *Les créanciers chirographaires du cédant.* Ils ont intérêt à connaître et à contester la cession et doivent être regardés comme étant des tiers au sens de l'art. 317, parce que d'après la règle générale, ils ont un droit de gage sur les biens de leur débiteur (art. 2093. C. civ. resp. art. 8 de la loi bulgare sur les biens, la propriété

(1) Huc. Cession et transmission de créances, t. II, N° 381.

et les servitudes) et ce droit serait diminué par la cession de la créance. Ils peuvent donc, à défaut de signification, saisir-arrêter la créance entre les mains du cédé et acquérir par là un droit distinct et opposable au cessionnaire.

Telles sont les personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de signification.

§ 3. *Exceptions à la règle de l'article 317.*

Les termes de l'art. 317 lui donnent une portée générale : le cessionnaire dans tous les transports de créances, faites dans la forme ordinaire, même quand ils interviennent entre commerçants et que la créance cédée est de nature commerciale n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Mais il y a certaines cessions de créances qui deviennent opposables au tiers sans signification au débiteur cédé. Ces exceptions se rencontrent dans les cas suivants :

1. Les lettres de change et les billets à ordre se transmettent *erga omnes* par le seul endossement. Le titre de l'obligation, lettre de change ou billets à ordre, comprend la clause *à ordre* en vertu de laquelle le souscripteur du billet s'engage à payer (ou, pour la lettre de change, à faire payer) la somme qui y est portée, non seulement à la personne désignée dans le titre, mais aussi à toute autre à laquelle ce titre aura été transmis par une déclaration portée au dos, déclaration qui constitue l'endossement (Baudry-L.; Aubry et Rau).

De même la clause « à ordre » dans un billet civil vaut comme une condition préalablement convenue au profit du créancier et lui donne le droit de céder la créance, sans que cette cession nécessite une signification au débiteur (Cass. N° 547/914, II, Boiadjjeff, p. 401; Cass. N° 393/920, II, L'idée juridique, an III, liv. 7/8). Dans un tel billet, la clause « à ordre » signifie que le débiteur, au moment même de la conclusion du contrat (le billet) a consenti à payer sa dette à la personne que lui indiquera le créancier sans aucune signification de cette cession (Cass. N° 495/904, II, Boyadjieff, p. 392).

Il faut ajouter dans ce groupe le chèque souscrit *à ordre* et qui

peut être transmis par voie d'endossement. Il échappe aussi aux formalités prescrites par l'art. 317.

Il en est de même des connaissements revêtus de la clause « à ordre ».

2. Les créances constatées par des titres *au porteur* échappent aussi à l'application de l'article 317. La propriété s'en transmet de la main à la main comme celle des objets mobiliers corporels. Les titres au porteur sont de véritables billets de banque qui n'exigent point de formalités spéciales pour leur transport, parce qu'ils ne contiennent pas, en effet, l'indication d'un créancier déterminé. La cession est parfaite par la seule remise du titre, par le seul consentement des parties (1). (Cass. N° 355, 1920, 200, II, L'idée juridique, an II, 8, 81).

3. La cession des actions nominatives dans les sociétés commerciales s'opère par le transfert inscrit sur les livres de la Société, conformément à l'art. 180 du Code de Commerce; par cette formalité, la transmission devient opposable aux tiers; quant aux parties contractantes, la cession est parfaite par le seul effet de la convention, selon le droit commun (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 803).

4. L'art. 317 ne concerne pas les actes qui ne sont pas de véritables cessions. Aussi la subrogation qui est une modalité de paiement et non un transport de créance; la novation qui a pour effet d'éteindre la créance, non de la transporter, ne seraient pas soumises à la formalité de l'art. 317.

§ 4. *Les effets de la signification et les conséquences de défaut de cette formalité.*

La vente, dans le droit moderne, est translatrice de propriété; l'acheteur d'une chose corporelle, corps certain, devient propriétaire par le seul effet de la convention. Le même principe est posé par l'art. 316, al. I du Code des Obligations. Indépendamment de toute tradition et par conséquent, indépendamment de toute signification, la cession est parfaite entre les parties contractantes. Tout en admettant ce principe, le législateur maintient la signification avec les caractères d'un acte par lequel le cession-

(1) Art. 179 du Code de Commerce.

naire fait connaître le transport au débiteur pour l'empêcher de se libérer entre les mains du cédant. A l'égard des tiers, autres que le débiteur, par la signification, le législateur a voulu créer une mesure de publicité, quelque chose d'analogue à l'inscription dans le transfert et la constitution des droits réels immobiliers, prévue par la loi des privilèges et les hypothèques, en vue de préserver les intérêts de tous ceux qui auraient besoin de connaître si la créance est valablement sortie du patrimoine du vendeur ou non et que nous avons déterminé dans le § 2 (Cass. N° 132/1899, II, Issaïeff, p. 147).

Pour être certain d'être bien compris, nous allons nous expliquer encore une fois sur l'obligation du cessionnaire, dans ses rapports avec le débiteur, obligation qui ne comporte pas nécessairement celle d'accomplir un acte déterminé pour qu'il en résulte signification; il lui suffit de *faire connaître* par un acte quelconque le transport au débiteur; il suffit que le débiteur ait la *connaissance de transport*, quoique cette connaissance ne lui ait pas été communiquée directement. Dans ce cas, la bonne foi des parties joue un rôle important, que le juge va apprécier, c'est une question de fait et de bonne foi (Cass. N° 260/897, II; Issaïeff, pp. 147-149).

Lorsque le cessionnaire a signifié au débiteur cédé la convention de cession qui est intervenue entre lui et le cédant, celle-ci est parfaite *erga omnes*. La propriété de la créance cédée passe au cessionnaire, qui devient, à la place du cédant créancier du cédé avec tous les droits attachés à cette qualité. Dès le moment de la signification, le débiteur a pour créancier le cessionnaire, qui prend purement et simplement la place du cédant, c'est-à-dire la créance (ou le droit) cédée, passe au cessionnaire sans aucune modification, ni dans son contenu ni dans son volume; désormais, c'est le cessionnaire seul qui pourra poursuivre en justice le débiteur ou traiter avec lui amiablement pour la réalisation de la créance cédée (Cass. N° 62/904, I, Issaïeff, p. 146 : N° 6/92, II. L'idée juridique, an V, liv. 10, p. 108). En principe, par la transmission de la créance le cessionnaire acquiert autant de droits qu'en avait le cédant. Néanmoins cette règle générale n'est pas absolue. Il arrive que les qualités personnelles du cessionnaire diffèrent de celles du cédant, qu'elles exercent une influence sur le contenu et le volume des droits acquis par le cessionnaire. C'est avec raison ce

qu'expriment MM. Baudry, Lacantinerie et Saignat (N° 845, p. 879, loc. cit.) dans l'exemple suivant : le cédant étant majeur, le cessionnaire mineur; alors la prescription qui connaît au profit du cédé contre son ancien créancier, sera suspendue par la minorité du nouveau; à l'inverse, si la créance d'un mineur était cédée à un majeur, la prescription qui était suspendue par la minorité du créancier primitif, courrait aussitôt que la créance serait devenue la propriété d'un majeur ». D'autre part, la créance passe au cessionnaire dans la situation où elle était au moment de la signification faite au débiteur; désormais le débiteur se trouve obligé envers le cessionnaire, autant et de la façon qu'il était obligé (dans ce moment) à l'égard du cédant. Par conséquent le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les faits libératoires qu'il aurait pu opposer au cédant à ce moment-là, si la cession n'était pas intervenue, c'est la règle générale. Ainsi le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les paiements qu'il a fait au cédant, non seulement avant la cession, mais avant la signification, et se prévaloir de ce que par ces paiements la créance a été atteinte totalement ou partiellement. Par ce que, porte l'art. 318 : « Le débiteur s'est libéré valablement s'il a payé le cédant avant que celui-ci ou le cessionnaire lui eût signifié le transport ». Ici se pose la question de savoir comment le débiteur va prouver les paiements prétendus ? Une quittance sous seing privé que le cédant lui a donnée est-elle suffisante pour prouver la libération ? Entre les auteurs français, la question est controversée. La divergence d'opinions repose sur le point de savoir si le cessionnaire par rapport à cette quittance de paiement faite par le débiteur avant la signification est ou non un tiers dans le sens de l'art. 1328 du Code civil (resp. 392 du Code de Proc. civile), ou s'il est un ayant cause du cédant, dans le sens de l'art. 1322 du Code civil (resp. le même art. 392). Quant à la jurisprudence française, elle admet qu'il n'est pas nécessaire pour cela que les quittances constatant les paiements aient acquis dates certaines, sauf au juge à apprécier leur sincérité (Baudry-Lacantinerie et Saignat, N° 843, loc. cit.).

En ce moment, nous n'avons pas la possibilité de savoir comment est posée la question parmi les auteurs bulgares et l'opinion de la Cour de Cassation. A notre avis, d'après la raison de notre

Code des Obligations et d'après le Code de Procédure civile, il ne faut pas voir d'une manière absolue dans la personne du cessionnaire un ayant cause ou un tiers. Selon la qualité qu'il aura vis-à-vis du cédant, les actes émanant de celui-ci lui sont opposables ou non. Ainsi, pour tous les actes antérieurs à la naissance de son droit, il est un ayant cause du cédant et par conséquent, obligé de subir leur effet. Il devient un tiers pour les actes postérieurs, et alors ils ne lui sont pas opposables. Or, pour savoir si la quittance, par laquelle le débiteur tente de prouver un paiement en vue de l'opposer au cessionnaire, fait partie de la première ou de la seconde catégorie des actes, il faut nécessairement chercher la date de la quittance, c'est-à-dire qu'il faut exiger que la quittance ait une date certaine.

Le débiteur cédé pourrait aussi se prévaloir contre le cessionnaire de l'extinction de la créance qui proviendrait d'une novation ou d'une compensation opérée avant la signification de la cession. Ainsi, par exemple, le débiteur devient créancier, même postérieurement à la cession, mais avant la signification du transport; la compensation s'opère en vertu de la loi (art. 191 du Code des Obligations), elle tient lieu de paiement, le débiteur se trouve libéré de plein droit. Au moment où le cessionnaire viendra lui signifier la cession, la créance n'existe plus; par conséquent le débiteur peut lui opposer la compensation.

En général, pour pouvoir opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant, le débiteur cédé n'a pas besoin, lorsqu'il reçoit en personne la signification du transport, d'y faire insérer des réserves. La notification n'a d'autre effet que celui de lui faire connaître la cession, mais elle ne lui fait perdre aucun des droits qu'il a au moment où elle est faite, et elle n'aggrave pas son obligation (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 848, p. 881). Mais en matière de compensation, il y a une exception au droit commun; elle résulte de l'art. 196 du Code des Obligations qui dit : « Le débiteur qui a consenti, sans aucune condition, à la cession que le créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant avant d'accepter la cession. Or, la cession que le débiteur n'a point acceptée, mais qui lui est signifiée n'empêche que

la compensation des créances qui sont devenues exigibles après la signification ».

Dans ce cas, le débiteur a reconnu le cessionnaire pour son créancier, a donné son consentement sans réserves et par là, il a renoncé tacitement à la compensation. Le texte n'admet aucune différence sur le point de savoir si le débiteur a connu ou non, au moment de la signification, l'existence de sa propre créance. Même s'il connaissait à son profit une compensation, la présomption est qu'il y a renoncé.

L'alinéa II vise les cas où la cession intervenue n'a été que notifiée au débiteur cédé : il perd le droit d'opposer la compensation à l'égard seulement des créances devenues exigibles après la signification. Cet alinéa diffère sensiblement de la disposition correspondante du Code civil français, dont l'art. 1295, al. II, est ainsi conçu : « A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification » D'où la conclusion que le texte ne trouve son application qu'à l'égard des créances, créées après la signification, tandis que l'art. 196, al. II du Code bulgare des Obligations est applicable pour les créances « devenues exigibles » après, quoiqu'elles sont créées avant cette notification.

Jusqu'ici, tout le monde est d'accord. Mais où les auteurs se séparent, c'est sur la question de savoir si cette disposition de l'art. 196 peut être appliquée par analogie aux autres modes d'extinction d'obligations. Le débiteur cédé qui, sans aucune réserve, a consenti à la cession, est censé par là renoncer à la compensation acquise en sa faveur; c'est une présomption *juris et de jure*. Serait-il également censé renoncer à toutes les autres exceptions qu'il pouvait opposer au cédant ? La question est controversée.

Tout d'abord, il faut remarquer que l'art. 196 ne parle pas d'une acceptation tacite, de la cession, non plus que de « l'acceptation de la signification sans objections ou autres réserves ». La loi vise le cas où le débiteur a donné son consentement sans conditions « à la cession ». Par conséquent, le débiteur fait une manifestation de volonté en ce sens qu'il a consenti sans conditions. Ainsi interprétée, la raison de l'art. 196, nous sommes portés à croire qu'un tel consentement sans conditions à la cession vaut

renonciation à toutes les exceptions d'extinction que le débiteur pouvait avoir contre le cédant.

Donner son consentement à la cession, sans conditions, c'est faire une reconnaissance de la dette, puisque le débiteur donne son approbation et son consentement d'avoir le cessionnaire pour créancier; il ne peut donc plus utiliser contre ces derniers les moyens quelconques qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant. En même temps, nous ajoutons que les effets plus ou moins étendus de l'acceptation dont parle l'art. 196 dépendent des termes employés par le débiteur et destinés à faire connaître son intention. Car on comprend sans peine que la différence entre l'acceptation ordinaire et celle dont nous parle l'art. 196 résultera de la manière même par laquelle le débiteur a accepté la signification tacitement, expressément ou « sans murmure », ou bien il a donné son consentement sans condition pour que la cession intervienne; bref, c'est la manière dont le débiteur se sera exprimé ou comporté qui nous indiquera quelle a été la véritable intention commune des parties.

A l'égard de l'art. 196, al. I du Code des Obligations, on doit remarquer aussi une différence avec le texte correspondant du Code civil français, où dans l'art. 1295, il est dit : le débiteur qui a accepté *purement et simplement* la cession... », etc. Cette phrase correspond à la suivante, dans l'art. 196 : « Le débiteur qui, sans conditions, a consenti à la cession », etc. On le voit, le législateur français pose comme une condition d'application des dispositions de l'art. 1295, que le débiteur ait accepté purement et simplement la cession, tandis que le Code bulgare exige un consentement de la part du débiteur. Et ce consentement doit être sans conditions. Evidemment le législateur bulgare a voulu forcer la portée de l'art. 196 par un consentement « sans condition » en vue d'élargir son application, parce que le consentement exprès et sans condition, c'est un engagement du débiteur à payer lui-même au cessionnaire le montant de la créance cédée; alors le débiteur est lié par ce consentement sans conditions qui vaut engagement et il a aussi renoncé à opposer au cessionnaire les exceptions qu'il avait contre le cédant.

Avant la signification faite au débiteur cédé, c'est le cédant qui reste, à l'égard du débiteur son créancier et comme tel, il peut recevoir du cédé un paiement, ou compenser avec lui, comme nous

l'avons déjà vu. Mais il est plus intéressant de savoir que jusqu'au moment de la signification, le cédant ou le cessionnaire, l'un et l'autre, ou bien les deux ensemble, peuvent faire des actes conservatoires de la créance cédée; par exemple, actes interruptifs de la prescription, saisies-arrêts entre les mains du débiteur cédé, inscriptions hypothécaires, etc. Les actes conservatoires faits par le cédant seul, profitent également au cessionnaire.

Quels sont les effets de la cession entre deux cessionnaires de la même créance ? D'après l'art. 317, ce n'est qu'après la signification que le cessionnaire a des droits à l'égard des tiers. Jusque là la cession est pour eux aussi, *res inter alios acta*, de telle sorte que chacun d'eux pourrait acquérir des droits à la créance cédée, jusqu'au moment où la signification n'est pas faite. Dans un tel cas, il y aurait une concurrence entre deux acquéreurs; celui-là l'emporterait qui aurait le premier rendu opposable au tiers le contrat, d'où il tire son droit, c'est-à-dire celui qui le premier a fait signifier la cession en conformité de l'art. 317. A cet égard il y a une analogie avec la situation des deux acquéreurs d'un même immeuble : celui-là l'emporte qui a, le premier, transcrit l'acte d'acquisition (Cass. N° 132/1899 II, Issaïeff, p. 148).

La question est beaucoup plus compliquée lorsque le cessionnaire d'une créance se trouve en conflit avec un ou plusieurs créanciers du cédant, qui ont saisi-arrêté la créance, non encore acquittée entre les mains du débiteur cédé. Suivant que la signification a eu lieu à tel ou tel moment, il se produit des difficultés dont la solution n'est pas toujours aisée.

a) Supposons qu'un créancier (1) du cédant a opéré une saisie-arrêt entre les mains du débiteur cédé avant que la signification ait été faite à ce dernier.

Dans ce cas, la convention n'étant pas opposable aux tiers, le créancier du cédant a fait valablement opposition entre les mains du débiteur. S'ensuit-il pour cela que le cessionnaire, au cas où la

(1) Il peut advenir que la signification de la cession soit précédée ou suivie de plusieurs saisies-arrêts. Il y a lieu d'appliquer les mêmes principes que dans l'hypothèse où il n'existe qu'un saisissant antérieur et qu'un saisissant postérieur à la signification. Nous allons donc nous expliquer en prenant les hypothèses d'un créancier antérieur et d'un créancier postérieur.

créance du saisissant équivaldrait au montant total de la créance cédée, n'ait plus aucun droit sur cette créance et perde le bénéfice de la cession ? Il ne faudrait pas le croire : en effet, par la cession, le cessionnaire est devenu, en ce qui concerne le cédant, propriétaire de la créance et, à raison de la créance cédée, tout au moins créancier du cédant. La cession n'est pas valable en tant que cession puisqu'elle n'a pas été signifiée en temps utile. Mais comme le cessionnaire est un créancier du cédant il peut en cette qualité pratiquer une saisie-arrêt; et dès lors on considère la signification comme une saisie-arrêt, car, comme celle-ci, elle contient une défense au débiteur de se libérer entre les mains du cédant. Or, il est de principe qu'il n'existe pas de privilège sans texte et que les diverses saisies-arrêts, pratiquées sur une même créance, ne confèrent aux saisissants que des droits proportionnels leur permettant de venir au « marc le franc » sur la créance, comme on dit en français, par conséquent, les droits respectifs sur la créance cédée du créancier-saisissant et du cessionnaire, seront réglés comme ceux de deux créanciers saisissants successifs; il sera fait entre eux une distribution au marc le franc, en considérant le cessionnaire comme saisissant pour l'intégralité de la somme qui lui a été cédée.

Exemple : supposons une créance de 3.000 frs. Primus, créancier du cédant, a opéré une saisie-arrêt sur le débiteur pour 1.500 frs. Puis, Secundus, cessionnaire de la totalité de la créance, fait la signification en se conformant à l'art. 317. La part de Primus, comme premier saisissant, devra être calculée en considérant le cessionnaire Secundus aussi comme un autre saisissant. Par conséquent, la créance de 3.000 frs doit être distribuée proportionnellement entre les deux créanciers saisissants, c'est-à-dire Primus : 1.000 frs; Secundus : 2.000 frs.

b) Au contraire, si le cessionnaire a signifié la cession au débiteur cédé avant toute saisie-arrêt de la part des créanciers chirographaires du cédant, alors, le cessionnaire est saisi de la créance *erga omnes*. Une saisie-arrêt postérieure est nulle; elle ne peut pas atteindre les droits du cessionnaire sur la créance. Cette dernière est sortie définitivement du patrimoine du cédant; les créanciers de celui-ci doivent supporter les conséquences de la cession; ils ne pourront plus pratiquer de saisies-arrêts sur la même créance, ils

ne pourront plus agir que par l'action paulienne (Cass. N° 251/911, II; Boyadjieff, p. 401).

c) Reste un dernier cas qui est l'un des plus délicats et des plus controversés. Supposons un transport de créance; avant que le cessionnaire ait signifié ce transport au débiteur cédé, un créancier du cédant pratique une saisie-arrêt sur la créance cédée entre les mains du débiteur; après, intervient la signification; et ensuite, une nouvelle saisie-arrêt sur la même créance, entre les mains du débiteur, pratiquée par un autre créancier du cédant.

Comment seront réglés les droits respectifs de ces divers opposants et du cessionnaire? Nous avons dit que le premier créancier saisissant n'a pas un droit exclusif sur la somme par lui arrêtée; que la signification postérieure veut opposition; il subira donc le concours du cessionnaire. Mais comment faire la répartition de la somme due par le débiteur saisi? Le saisissant postérieur a-t-il un droit quelconque sur cette somme?

La question est vivement controversée parmi les auteurs français. On pourrait dire qu'il y a autant de systèmes proposés que d'auteurs.

Les uns proposent le système suivant lequel, après la signification de la cession, la créance n'appartient plus au cédant, même au regard des tiers; par conséquent, la dernière saisie-arrêt, pratiquée après la signification, n'est pas valable, on ne doit en tenir aucun compte, elle devrait être considérée comme nulle et non avenue (Planiol, t. II, N° 1628; aussi Laurent, t. XIV, N° 527 bis, Troplong et Duvergier).

D'autres proposent le système d'après lequel le saisissant antérieur, le cessionnaire et le saisissant postérieur sont considérés comme trois saisissants entre lesquels doit être répartie la somme due par le débiteur cédé, respectivement tiers-saisi.

Une troisième opinion raisonne de la manière suivante : La saisie-arrêt du créancier saisissant postérieur à la signification, ne donnerait à celui-ci aucun droit sur le dividende revenant au cessionnaire dans la répartition à faire entre lui et le premier saisissant. Mais comme celui-ci sera tenu d'admettre le nouveau saisissant au partage de son propre dividende, il aura le droit de réclamer au cessionnaire, qui n'est à son égard qu'un créancier opposant, la bonification de la différence en moins entre la somme qu'il

recevra par suite de ce partage et celle qu'il aurait obtenue sur la totalité de la créance avait été proportionnellement répartie entre lui, le cessionnaire et le nouveau saisissant (Aubry et Rau, t. V, § 359 bis, note 44, pp. 219, 220, 221; Guillouard, Vente et échange, tome II, n. 858).

Il y a encore plusieurs systèmes. Monsieur Planiol (t. II, p. 232) dit qu'il ne s'est pas produit moins de quatorze systèmes; quelques-uns même prétendent en avoir compté vingt-et-un ou vingt-deux !

Les systèmes ci-dessus comme beaucoup d'autres nous paraissent inacceptables, ils sont défectueux : l'un ne tient aucun compte de l'égalité proportionnelle qui doit exister entre les deux créanciers saisissants. Il viole le principe que l'antériorité d'une saisie-arrêt n'est pas une cause de préférence entre les saisissants. Le deuxième système méconnaît le principe d'après lequel, au regard du cessionnaire, aucune saisie-arrêt n'est valable après la signification de la cession. La troisième a presque le même défaut : à l'égard du cessionnaire, la saisie-arrêt postérieure à la signification de la cession est sans effet; donc les droits de celui-ci ne peuvent pas subir une diminution à raison de la saisie postérieure à la signification. Alors le défaut, c'est la bonification que l'on oblige le cessionnaire à faire au premier saisissant.

En nous rattachant au droit bulgare, nous admettons le système proposé par les auteurs français bien connus chez nous, à savoir MM. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat (Traité théorique et pratique de droit civil. — De la Vente et de l'Echange, n. 861); MM. Colin et Capitant (Cours élémentaire de droit civil français, tome II, p. 150, éd. 1927). Voici en quoi il consiste :

Prenons l'exemple suivant : Une créance de 3.000 frs est frappée d'une saisie-arrêt de 1.500 frs pratiquée par Primus, un créancier du cédant, entre les mains du débiteur cédé, avant que la cession lui ait été signifiée; après intervient la signification faite au débiteur cédé par Secundus le cessionnaire de la totalité de la créance, soit 3.000 frs, et ensuite, une nouvelle saisie-arrêt sur la même créance, entre les mains du débiteur, est pratiquée par Tertius créancier du cédant, pour 1.500 frs.

En premier lieu, pour déterminer le droit du cessionnaire, Secundus, il fait respecter les principes déjà posés, à savoir qu'à

l'égard du saisissant antérieur à la signification (Primus) la cession vaut comme simple opposition et que la cession, une fois signifiée, devient opposable à toutes les saisies-arrêts postérieures, c'est-à-dire le droit du cessionnaire Secundus ne doit rien perdre par suite de la saisie-arrêt postérieure à la signification de la cession, pratiquée par Tertius. Par conséquent, la créance saisie et cédée doit être attribuée proportionnellement entre Primus et le cessionnaire Secundus, soit, à Primus, 1000 frs, à Secundus, 2.000. Ce dernier ne doit pas subir d'autre diminution.

En second lieu, il faut déterminer les droits des deux saisissants, Primus et Tertius. La part de Primus devra être calculée, en considérant le cessionnaire comme un saisissant et en supposant que tous les saisissants viennent au marc le franc, que Tertius aurait agi avec la même diligence que Primus et qu'il aurait fait pratiquer sa saisie-arrêt avant la signification de la cession : c'est-à-dire on devra faire une répartition proportionnelle entre les trois saisissants Primus, Secundus et Tertius. Dans ce concours, l'addition de toutes les créances forme une somme de 6.000 frs dont la créance du premier saisissant (Primus représente le quart). Cette créance lui donne droit au quart de la créance saisie (3.000 frs) et son dividende égale 750 frs.

Le reliquat de 250 sera donné à Tertius.

Ainsi, tous les droits et tous les principes sont respectés. Le cessionnaire subit le concours du premier saisissant puisque la cession vaut comme simple opposition à l'égard d'un saisissant antérieur. Mais il ne tient pas compte de la présence d'un saisissant postérieur, parce que la cession signifiée est opposable à toute saisie-arrêt postérieure. Comme le cessionnaire Secundus, le premier saisissant reçoit son dividende normal, déterminé par le concours ouvert entre tous les saisissants. Il ne peut se plaindre d'aucune atteinte à ses droits. Vraiment, le dernier saisissant, Tertius, reçoit moins que son dividende normal; ici il n'y a pas davantage atteinte à ses droits; il subit les conséquences de sa tardivité.

Nous terminons, avec l'examen de cette question de conflit entre cessionnaire et créanciers saisissants, le deuxième chapitre de notre travail. Nous y avons étudié tout ce qui a trait à la forme du transport et aux difficultés qui peuvent s'élever à son endroit. Dès lors, il nous reste, pour connaître l'ensemble des règles de la

cession de créances, à examiner quels seront les effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, lorsque les conditions de forme et de fond étant accomplies, le cessionnaire voudra réaliser la convention conclue entre lui et le cédant. Les effets de la cession de créances feront en conséquence l'objet de notre troisième chapitre.

CHAPITRE III.

Effets de la cession de créances.

Nous avons dans tout le cours de nos précédentes explications considéré le transport tel que le supposent les articles 316 et suivants du Code des Obligations, c'est-à-dire le transport à titre onéreux, sans examiner spécialement le transport à titre gratuit. C'est encore de la cession onéreuse que nous allons nous occuper principalement et cette cession, étant une véritable vente, nous devons lui appliquer les règles générales qui régissent les effets de la vente dans notre droit civil.

Néanmoins, il y a des règles et des conditions spéciales qui diffèrent de celles de la vente, qui caractérisent la cession comme un contrat, établies par les articles 316 et suivants du Code des Obligations et que nous allons examiner.

SECTION I.

Ce que la cession comprend.

La cession de créance transporte du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, la créance avec toutes les garanties et tous les avantages destinés à en assurer le paiement : *Accessorium sequitur principale*.

A cet égard, l'art. 319 lève toute difficulté en indiquant à titre d'exemple la caution, le privilège et l'hypothèque.

« La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de cette créance tels que : cautions, privilèges et les hypothèques. Néanmoins, elle ne comprend pas les arrérages et les intérêts échus, au jour de la cession à moins d'une clause spéciale ». Il en serait

encore de même d'un droit de gage ou d'antichrèse et de tous autres droits accessoires destinés à améliorer le sort du nouveau propriétaire de la créance. L'énumération en est inutile et nous devons de préférence examiner quelques difficultés sur les limites que l'on doit apporter à l'étendue de la cession par rapport au cessionnaire.

Cet article 319 est une application en matière de cession, du principe posé par l'art. 243 du Code des Obligations : « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires » (*Accessorum sequitur principale*). Néanmoins ce principe également dans ce cas, n'est pas d'ordre public : les parties, par la convention même, peuvent l'écarter (Cass. N° 216/907, II, Boyadjieff, p. 403).

Du texte si exprès de l'art. 319, il suit que le cessionnaire a droit aux intérêts à échoir de la créance, à compter de la date du transport, d'après la règle générale, comme quand il s'agit d'un accessoire. Quant aux intérêts et arrérages déjà échus, au moment du transport, pour eux le législateur bulgare exige une clause formelle. A défaut de cette clause formelle, les intérêts et arrérages ne passent pas au cessionnaire. Ici encore l'art. 319 diffère de l'article correspondant du Code civil français (art. 1692) qui ne contient pas de règles spéciales sur la question des intérêts échus.

Le cessionnaire peut faire usage de tous les moyens, que lui accorde la forme elle-même de la créance, pour obtenir le bénéfice de la cession. Il est également autorisé à exercer tous les droits à l'aide desquels le cédant aurait pu faire valoir la créance. En un mot, la cession, valablement faite, donne au cessionnaire la créance *telle* qu'elle existe dans le patrimoine du cédant.

Les actions en nullité, en résolution et rescision, qui appartiennent au cédant passent-elles au cessionnaire comme accessoires de la créance ? Il s'élève encore des difficultés sur ce point. Plusieurs auteurs français, d'une autorité incontestable, ont admis et soutenu que les actions en nullité et en rescision passaient au cessionnaire; elles seraient inhérentes à la créance et appartenant au cédant, elles doivent compéter à son ayant cause (Duranton, Troplong, Duvergier, Zacharie). Nous ne croyons pas devoir admettre cette opinion. Il est impossible de considérer ces actions comme des accessoires de la créance. Aussi doit-on déclarer non recevable le cessionnaire qui voudrait les intenter contre le cédé. Invoquer les vices du contrat qui a donné naissance à la créance pour faire an-

nuler le contrat, ou réclamer la restitution d'un immeuble vendu, à cause de *læsio enormis* (art. 308) ce n'est plus faire valoir la créance, c'est user de droits absolument distincts de cette créance. D'autre part, comme disent MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat (N° 812) en faisant la cession, le cédant affirme l'existence de sa créance : si à ce moment il connaissait le vice dont le contrat était entaché, il a tacitement ratifié ce contrat par l'acte d'exécution volontaire qu'il en a fait (art. 214, C. O. 1338, C. civ.) et il a ainsi renoncé à faire annuler la vente ». Enfin, peut-être le cédant a-t-il des raisons particulières pour ne pas vouloir exciper des moyens de nullité ou de rescision du contrat. Bien entendu, si la cession porte, d'une façon générale, tous les droits et actions appartenant, en vertu d'un acte juridique au cédant, dans ce dernier cas, les actions en nullité et en rescision pourraient parfaitement compéter au cessionnaire.

Evidemment, nous supposons toujours que le contrat de cession est muet sur la question et tout ce que nous soutenons, c'est que l'exercice de ces actions n'est pas une conséquence directe de la cession comme ses accessoires. Mais une clause formelle peut, bien entendu conférer ces droits au cessionnaire et même, à défaut d'une clause formelle, l'interprétation de l'acte et de la commune intention des parties appartient aux juges du fait, dont la décision sur ce point est souveraine.

Les objections que nous venons de développer font au contraire défaut en ce qui concerne l'action en résolution pour cause d'inexécution du contrat (art. 70 du Code des Obligations). Nous pensons qu'elle passe de plein droit au cessionnaire. En effet, ce n'est pas un droit distinct de la créance, mais bien plutôt un moyen de sanction de la créance du vendeur qui veut se procurer l'équivalent de ce qui lui est dû. « Cette action résolutoire est, quoiqu'on en ait dit, un des moyens que la loi accorde au vendeur pour sûreté de sa créance, et à ce titre, elle en est l'accessoire à l'égal du privilège du vendeur » (Baudry-Lacantinerie et Saignat. De la Vente et de l'Echange, n° 812; Aubry et Rau, Cours de dr. civ. fr., t. V, § 359 bis, note 49; Contra Mevorach, commentaire, p. 620).

Par exemple, le vendeur non payé d'un immeuble, cède purement et simplement à un tiers sa créance du prix de vente sur

l'acheteur. Alors, la menace d'une résolution de la vente est en réalité le moyen le plus efficace pour contraindre l'acheteur au paiement du prix. Le droit d'agir en résolution est donc véritablement un accessoire de la créance du prix de la vente dans le sens de l'art. 319 (Huc : De la cession et de la transmission de créances, t. II, n. 452).

Dans tous les cas, pour mesurer, au point de vue des actions, l'étendue que doit avoir la cession, il faudra principalement rechercher l'intention des parties. Les juges de fait sont, à cet égard, comme nous l'avons déjà dit, investis d'un pouvoir souverain d'appréciation.

Pour en terminer avec les accessoires qui passent au cessionnaire, il faut ajouter que celui-ci profite également à titre d'accessoire des avantages secondaires attachés à la créance par le contrat d'où elle est née. Les accessoires de la créance cédée sont compris, non seulement dans la cession faite en sa forme ordinaire, mais aussi dans celle qui se fait par endossement, si la créance est à ordre ou par la simple remise des titres, si elle est au porteur (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 814).

SECTION II.

Des obligations du Cédant et du Cessionnaire.

Dans les articles 316 et suivants du Code des Obligations, on l'a déjà dit, la cession est considérée comme une véritable vente de la créance au cessionnaire; surtout dans les articles 320, 321, 322, où la loi s'occupe plus spécialement des obligations du cédant. Nous allons donc examiner dans les trois paragraphes suivants, les obligations du Cédant et du Cessionnaire, qui découlent de ce que la cession est considérée comme une vente.

§ 1. *Les Obligations du Cédant.*

Le cédant est vendeur et comme tel, il a certaines obligations à l'égard de son acheteur; il est tenu notamment de délivrer et de garantir la créance.

La délivrance, nous dit l'art. 316, II al., s'opère dans le transport d'une créance ou d'un autre droit contre un tiers, par la remise du titre, qui prouve la créance ou le droit cédé. Telle est la première obligation du cédant sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre davantage.

Mais la garantie nous retiendra plus longtemps; elle est, en effet, régie par des textes spéciaux à notre matière et que nous devons examiner (1).

La garantie est accordée au cessionnaire par les textes de la loi, eux-mêmes, ou bien elle peut être stipulée d'une façon spéciale dans l'acte de cession. Si la garantie est telle qu'elle résulte de la loi, c'est la *garantie de droit*; si elle est née de la convention particulière des parties, c'est la *garantie de fait*. Nous les étudierons successivement l'une et l'autre.

A. *Garantie de droit*. — Dans une créance ou dans tout autre droit contre un tiers, il y a deux choses distinctes à considérer : le droit lui-même et l'avantage que ce droit est destiné à nous procurer. D'après le droit commun, la garantie, est due pour le premier de ces deux objets; elle n'est pas due pour le second. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une créance, le cédant est de plein droit tenu de garantir l'existence du droit qui a fait l'objet du transport, mais il n'est pas tenu de garantir le remboursement de la créance.

Le cessionnaire est censé avoir pris ce dernier à ses risques. C'est ce qui résulte des articles 320 et 321 du Code des Obligations : « Celui qui vend une créance ou un autre droit, porte l'art. 320, doit en garantir l'existence à la date du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie ». L'art. 321 ajoute : « Le cédant ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé et seulement jusqu'au montant de la somme, par lui reçue de la créance cédée ». Ces règles se justifient par elles-mêmes. En effet, lorsqu'un droit est cédé, si ce droit n'existe pas, la cession est sans objet; le contrat manque de l'un de ses éléments essentiels; mais il en est autrement lorsque ce droit existe réellement : rien ne manque alors à la perfection du contrat. Peu importe d'ailleurs

(1) Quand nous disons que la cession de créances emporte garantie, nous supposons une cession à titre onéreux, une cession-vente. Si la cession de créances était faite à titre gratuit, elle serait une donation et serait comme telle soumise aux règles du contrat de donation.

que le recouvrement ne puisse être fait; le cédant avait simplement déclaré transférer le droit; il a rempli son obligation, le reste ne le regarde pas. C'était au cessionnaire, s'il entendait qu'une garantie plus étendue lui fût promise, à s'en expliquer formellement et à en faire la proposition au cédant, sauf à ce dernier à l'accorder ou à la refuser.

Les mots « quoiqu'il soit fait sans garantie » signifient quoique les parties n'aient fait aucune convention particulière relativement à la garantie et non : quoique les parties aient exclu la garantie par une clause particulière. Si la garantie avait été exclue, on ne pourrait pas ne pas tenir compte de la convention des parties sur ce point. L'art. 320 ne veut donc parler que du cas où les parties ont gardé le silence sur la garantie (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 817, loc. cit. Mévorach, Commentaire, p. 621).

Cette garantie de l'existence de la créance dont est tenu le cédant doit s'entendre du cas où le débiteur peut se dispenser du paiement en invoquant une exception de nullité. La validité de la créance est une condition de son existence. Le cédant sera tenu de la garantie quoique la nullité de la créance soit relative, quoique cette nullité n'ait pas été prononcée lors de la cession (vice d'erreur, de violence, de dol, d'incapacité). En effet, l'effet de la nullité ou de la rescision prononcée remonte au jour où l'obligation a pris naissance, par conséquent, à un temps antérieur à l'exécution du transport; dès lors, c'est comme si la cession n'avait jamais eu lieu, puisqu'elle a porté sur une créance qui n'était pas valable, qui n'existait pas au jour de la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire.

La garantie de l'art. 320 peut être encore invoquée si la cession a porté sur une créance déjà éteinte avant le transport par un mode légal d'extinction tel que : paiement, novation, compensation, prescription. Mais pour que la garantie soit dûe dans les cas dont nous venons de parler, il faut que la cause de l'inexistence, de l'extinction, soit antérieure à la cession, ou, si elle est postérieure à la cession qu'elle résulte d'un fait du cédant.

Il ne suffit pas que la créance existe ou qu'elle soit valable, il faut, de plus, qu'elle repose sur la tête du cédant. Celui qui vend une créance appartenant à un tiers vend la chose d'autrui. Or, la

vente de la chose d'autrui est frappée de nullité, par l'art. 231 du Code des Obligations. De là, résulte que le cédant serait garant, non seulement s'il avait déjà fait une aliénation de la créance, mais aussi s'il l'avait donnée en gage (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 818). De même, il est garant des vices du titre en vertu duquel il aurait lui-même acquis la créance.

Le cédant doit garantir l'existence, non seulement de la créance elle-même, mais aussi celle de ses accessoires (Privilège, hypothèque, cautionnement, solidarité, etc.). Bien souvent, ce sont ces droits accessoires qui font toute la valeur de la créance, dont, sans eux, le recouvrement serait impossible ou tout au moins fort incertain. Des termes de l'art. 320, qui porte que celui qui vend une créance ou autre droit, doit en garantir l'existence au temps du transport, s'appliquent donc de la même manière, aussi bien au droit accessoire qu'au droit principal.

Nous avons déjà dit que la garantie, dont nous parlons dans ce paragraphe, est due par le cédant au cessionnaire quoique l'un et l'autre n'aient fait aucune convention particulière à ce sujet, c'est-à-dire si les parties contractantes n'ont rien dit et que la créance ait été cédée purement et simplement, la garantie sera due de l'existence de la créance et des accessoires. Mais les termes de la cession peuvent faire disparaître cette garantie, cela dépend de la convention du transport entre les parties. C'est là, du reste, une question d'interprétation sur laquelle les juges du fait statuent souverainement.

Si la créance cédée est reconnue inexistante, si elle est déclarée nulle en vertu d'une cause antérieure à la cession, qu'en résulte-t-il, quels droits le cessionnaire a-t-il à l'encontre du cédant et que peut-il lui réclamer ? Il n'y a pas sur ce point de disposition relative à notre matière; les effets de la garantie de droit imposée au cédant ne sont pas déterminés par des dispositions spéciales, il faut, par conséquent, s'en référer aux règles générales. L'art. 256 du Code des Obligations résout la question pour les choses corporelles... « Si l'acquéreur est évincé, il a le droit de demander contre le vendeur : 1° la restitution du prix; 2° la restitution des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince; 3° la restitution des frais, faits sur la demande en garantie de l'acheteur et ceux faits par le demandeur originaire; 4°

enfin, les dommages et intérêts ainsi que les frais, qui sont faits à propos du contrat ». Que le cédant doive restituer au cessionnaire le prix, les fruits (qui sont ici, en cas de cession, les intérêts du prix dûs, du jour du paiement et non pas seulement du jour de la demande) ainsi que les différents frais dont parle l'art. 256, cela va de soi.

Les auteurs sont très divisés sur la question de savoir si le 4^o de l'art. 256 (quant aux dommages et intérêts) s'applique à la garantie de créances. Une créance de 10.000 francs est vendue pour 8.000 francs. Le cessionnaire agit en garantie. Sera-t-il fondé à demander au cédant, outre le prix de 8.000 francs, les intérêts de ce prix et les frais, la différence de 2.000 francs dont il aurait bénéficié si la créance avait existé ?

Une opinion, soutenue par les auteurs français; Duranton, Troplong, Duvergier, Aubry et Rau (tome V, n. 359 bis, n. 65). Guillouard (t. II, n. 836) résout la question négativement et refuse au cessionnaire le droit de réclamer la valeur nominale de la créance. Elle se fonde sur l'art. 321 (1694 C. c.) qui semble se prêter à un argument à fortiori. Cet article suppose que le cédant s'est engagé formellement à garantir la solvabilité du débiteur et décide qu'en ce cas, le cédant ne répond que « jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance ». Or, dit-on, si, lorsque le cédant a promis la garantie de fait, il est quitte envers le cessionnaire qui agit en garantie en lui restituant le prix de la cession seulement, à plus forte raison, il doit en être de même pour le cas où il ne doit que la garantie de droit. On ne comprendrait pas que le cessionnaire qui a obtenu une garantie de plus, qui a contracté dans des conditions plus avantageuses, ait un droit moindre que celui qui n'a rien stipulé de pareil.

Nous ne croyons pas, que cette opinion soit conforme aux principes. Aussi, en conformité avec le droit bulgare, nous sommes portés à adopter l'opinion contraire soutenue par les auteurs ci-après : Laurent (t. XXIV, n. 549; Huc (t. II, n. 492); Baudry-Lacantinerie et Saignat (n. 822); Colin et Capitant (t. II, p. 152); Mévorach, Commentaire (page 623, sous l'art. 320 C.O.), et d'après laquelle le cessionnaire peut obtenir à titre de dommages-intérêts la différence entre le prix de la cession et la valeur nominale de la créance. En effet, l'opinion qui refuse ce droit au cessionnaire, fait

complètement abstraction d'un principe formellement posé par l'*art. 130* (1147 de C. c.) et en vertu duquel on doit dire que tout dommage doit être réparé par celui qui l'a causé. Or, l'inexécution de l'obligation du cédant constitue un dommage pour le cessionnaire qui a été privé par l'inexistence de la créance, du bien qui devait résulter pour lui de la cession, *art. 132* (1149 du C. c.). Voilà ce qui résulte des principes généraux. L'*art. 256* (1630 C. c.) n'en est qu'une application. La cession de créance est une vente; elle doit donc être régie par cet article. La décision de l'*art. 321* (1694) (au cas où le cédant s'en engage à garantir la solvabilité du débiteur jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance) ne peut pas s'appliquer dans notre hypothèse, parce qu'il y a une grande différence entre elle et le cas de l'*art. 321*. Dans le cas de cet article; il y a une interprétation de la volonté des parties conforme à la vraisemblance des choses. Si le vendeur qui a garanti la solvabilité du débiteur vend pour 8.000 francs une créance dont le montant s'élève à 10.000, il a vendu 2.000 frs pour rien. Il était donc juste que le cessionnaire ne reçut en cas d'insolvabilité du débiteur que les 8.000 francs qu'il a déboursés. Dans notre cas, au contraire, le cessionnaire court les risques de l'insolvabilité du débiteur; il peut toucher 8.000 frs ? mais il est possible qu'il touche moins et même qu'il ne touche rien de ce qu'il a payé au cédant sans avoir aucun recours contre celui-ci. Il doit donc avoir la chance de recevoir le paiement intégral de la créance.

« Dans notre hypothèse, la cession est faite seulement avec la garantie de droit qui laisse l'insolvabilité du cédé au compte du cessionnaire. L'intention des parties a vraisemblablement été de faire un contrat aléatoire; le cédant a préféré se contenter d'un prix inférieur à la valeur nominale de la créance, pour ne pas courir les chances de l'insolvabilité du débiteur. Le cessionnaire, de son côté, a entendu courir ses chances; il espère faire un bénéfice, si le débiteur étant solvable, peut payer le total de sa dette; mais il s'expose à faire une perte, dans le cas contraire. Pourquoi donc, si les chances favorables aux cessionnaires se réalisent, c'est-à-dire si le débiteur cédé est solvable lors de l'échéance, le cédant ne pourrait-il pas être condamné à lui tenir compte, sous forme de dommages-intérêts, du gain que l'éviction l'empêche de réaliser ? » (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 822).

Par conséquent, si le créance est reconnue inexistante, si elle est déclarée nulle en vertu d'une cause antérieure à la cession, bref, dans le cas de l'art. 320, parmi les obligations qui résultent pour le cédant de la garantie de droit, le cessionnaire peut obtenir à titre de dommages-intérêts, la différence entre le prix de la cession et la valeur nominale de la créance.

Certainement, le juge ne pourrait pas déterminer à sa guise la somme due à titre de dommages-intérêts. On ne les adjuge que lorsqu'ils existent en réalité et dans la proportion où ils sont prouvés (Cass. N. 249/901, II. Issaïlleff, sous l'art. 132). Dans le cas de l'art. 320, toutes les conditions requises pour que le cessionnaire puisse se prévaloir du droit de dommages et intérêts, doivent être prouvées par lui. Tous les moyens de preuves à cet égard sont admis. Aussi c'est au cessionnaire à prouver l'existence du préjudice et l'importance des dommages et intérêts qu'il prétend être dûs par le cédant.

B. Garantie de fait. — Nous avons dit que les mots « quoiqu'il soit fait sans garantie » dans l'art. 320, signifient « quoique les parties n'aient fait aucune convention particulière relativement à la garantie », c'est-à-dire ce sont les parties qui peuvent écarter toute espèce de garantie ou étendre celle-ci, si telle est leur convention (art. 253). Si la garantie est née de la convention particulière des parties, c'est la garantie de fait. En l'absence d'une clause, d'une promesse de garantie de fait, le cédant ne garantit pas l'existence de la créance et des accessoires de celle-ci; il ne pourrait pas, dans le cas de garantie de droit, avoir à répondre ni de la solvabilité du débiteur, ni de l'efficacité des sûretés accessoires.

Le cédant peut donc stipuler qu'il vend la créance sans en garantir l'existence. Une convention pareille, ayant pour effet de faire disparaître une obligation légale, ne se présume pas; il faut qu'elle soit exprimée, sinon en termes sacramentels, au moins d'une façon non douteuse. Toutefois, il suffit de dire que le cédant vend sans garantie, qu'on puisse comprendre « sans garantie de droit » (Baudry-Lacantinerie, Saignat, n. 826). Mais cette clause n'aura pour effet que de dispenser le cédant des dommages-intérêts et non de la restitution du prix. (art. 255 du Code des Obligations). C'est absolument comme en matière de vente. Aussi, le cédant reste, malgré la stipulation de non-garantie, tenu de son fait personnel (art.

254); s'il a stipulé qu'il n'en serait pas tenu, la clause a le même effet que celle de « sans garantie », on ne lui accorde pas une plus grande extension (Baudry-Lacantinerie, Saignat, n. 827); Aubry et Rau, t. V, § 359 bis).

D'autre part, comme nous avons dit, le législateur autorise le cessionnaire à stipuler du cédant par une clause spéciale une garantie plus étendue que celle qu'il lui concède de droit dans l'art. 320. En effet, de ce que la créance existe bien et véritablement au jour de la cession, de ce que le cédant est bien le créancier du débiteur cédé, il ne s'ensuit pas que la cession doive nécessairement produire ses effets au profit du cessionnaire; ce dernier peut craindre que le débiteur ne soit insolvable ou ne le devienne, et la loi lui permet de prendre à cet égard des précautions contre le cédant pour ne point faire une perte dans l'opération juridique qu'il a entreprise. C'est l'art. 321 du Code des Obligations qui dit : « le cédant ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a reçu de la créance ». Les clauses ainsi insérées dans la convention de transport, peuvent être plus ou moins étendues en la forme comme au fond, ce sera au juge du fait à décider quel sens exact il faut leur attribuer, si la question faisant difficulté vient à être portée devant lui.

Lorsqu'il l'aura promis, le cédant garantira donc la solvabilité du débiteur de la créance cédée; dans quelles limites aura été faite cette promesse? A cet égard, le législateur bulgare s'écarte sensiblement du texte correspondant du Code civil français, l'art. 1695. Ainsi, l'art. 322 du Code des Obligations porte : « lorsque le cédant a promis la garantie de la solvabilité du débiteur et si rien n'est stipulé sur la durée de cette garantie, on suppose qu'il l'a limitée *jusqu'à un an* dès le jour du transport, si la créance était déjà exigible.

« Si la créance était payable dans un délai non encore échu, l'année court dès l'échéance ».

« Si la créance consiste en une rente perpétuelle, la garantie de la solvabilité s'éteint par l'expiration de 10 ans du jour du transport ».

On le voit, il y a une différence entre le texte bulgare et le texte français; d'après le texte français, la promesse de garantie de sol-

vabilité du débiteur, quand elle est faite sans explication, ne s'applique qu'à la solvabilité actuelle : le cédant garantit que la créance cédée est actuellement bonne, mais non qu'elle le sera pendant un temps après le transport ou qu'elle le sera toujours; dès le moment du transport, la créance vendue est désormais aux risques du nouveau propriétaire, le cessionnaire, qui seul, devra supporter les conséquences des événements pouvant l'amoinrir plus tard. C'est ce que dit expressément l'art. 1695 du C. civ.

L'art. 322 du Code bulgare des Obligations correspondant de l'art. 1695 du Code civil, dit expressément que cette promesse de solvabilité du débiteur, donnée par le cédant, à défaut de clause formelle sur sa durée, s'applique dans toute l'année qui suit le jour du transport, si la créance, à ce moment-là, était déjà exigible; ou dans l'année de l'échéance de la créance si elle l'est devenue après la cession. Par conséquent, dans le courant de l'année (de la date du transport ou de l'échéance de la créance, comme nous l'avons vu), le cédant est tenu à la garantie de la solvabilité du débiteur. C'est une période créée au profit du cessionnaire pendant laquelle dure l'efficacité de l'obligation à la garantie de la solvabilité du débiteur. Cette période d'une année, on ne doit pas la confondre avec le délai dans lequel, le cessionnaire doit agir en garantie contre le cédant; dans ce dernier cas, on applique les règles de droit commun. A cet égard, c'est avec raison que MM. Mévorach, Lidji et Dr Farchi, dans leur Commentaire du Code des Obligations (p. 625 sous l'art. 322) donnent une critique légitime de l'arrêt de la Cour de Cassation, N. 89/1911, II, par laquelle la Cour admet, à tort, que c'est justement pendant ce délai d'un an, que le cessionnaire doit agir en garantie contre le cédant. Une telle opinion, un tel jugement, est tout à fait contraire au sens de l'art. 322; la demande du cessionnaire contre le cédant, d'après le droit commun, peut intervenir aussi après l'expiration de ce délai d'un an; l'art. 322 ne parle aucunement de cette demande, mais du délai d'un an pendant lequel le cédant reste tenu à la garantie de solvabilité du débiteur cédé, à savoir qu'il ne tombera pas en faillite, qu'il sera en état de payer sa dette résultant de la créance cédée. L'insolvabilité du débiteur, dont nous parle cet article, doit être prouvée par le cessionnaire, demandeur à l'instance entreprise, mais il n'est pas obligé d'intenter cette instance dans le délai d'un

an. Il suffit de la part du cessionnaire-demandeur, agissant en garantie, de prouver que, pendant cette période là d'une année, le débiteur cédé est devenu insolvable et qu'il ne peut payer. La démonstration elle-même de ce fait ainsi que le recours en garantie contre le cédant — le cessionnaire n'est pas obligé de les faire dans la période d'une année dont nous venons de parler.

Si la créance constitue une rente perpétuelle, la garantie de la solvabilité s'éteint par l'expiration d'un délai de dix ans. Ce délai court du jour de la cession.

Quels sont les effets de la garantie de la solvabilité du débiteur ? Lorsque le cédant s'est rendu garant du débiteur, le cessionnaire trouvant le débiteur insolvable agit en garantie contre le cédant, il obtient, d'après l'art. 321 du Code des Obligations, le remboursement de la somme qu'il avait payée pour obtenir la cession de la créance. Il n'a pas droit à d'autres dommages et intérêts. Si donc, le débiteur est insolvable, pour le total de la créance, le cédant restituera au cessionnaire tout le prix qu'il en a reçu. Si le débiteur n'est insolvable que partiellement, c'est-à-dire s'il a payé une part de la créance, alors le cédant doit rembourser au cessionnaire la somme formant la différence entre le prix de cession et la somme recouvrée du débiteur, par exemple : une créance nominale de 20.000 francs a été vendue 15.000 francs. Le débiteur-cédé en paie 12.000 frs. D'après ce système (que nous empruntons à MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 834) le cédant doit au cessionnaire la somme de 3.000 fr. ($15.000 - 12.000 = 3.000$ fr.).

Une dernière question; le cédant pourrait-il par une convention particulière s'obliger, non seulement à restituer le prix du transport, mais encore à indemniser le cessionnaire au cas d'insolvabilité du débiteur, jusqu'à concurrence de la valeur nominale de la créance ? On pourrait soutenir l'affirmative en invoquant le principe de la liberté des conventions et l'obligation pour les parties de se conformer à leurs engagements respectifs. Néanmoins, nous croyons que pareille clause doit être considérée comme nulle (Colin-Capitant, tome II, p. 152).

Il faut partir de ce point de vue que le législateur, dans ses dispositions, a voulu faire échec à l'usure, empêcher que le cessionnaire ne s'assurât un gain illicite, comme il défend à un prêteur d'exiger des intérêts supérieurs au taux légal; c'est, en quelque

sorte, une règle d'ordre public à laquelle, croyons-nous, ne peut déroger la convention des parties. La limite de l'obligation du cédant est donc fixée dans ce cas à la restitution du prix.

§ 2. *Les Obligations du Cessionnaire.*

Le cédant est tenu des obligations d'un vendeur, de la délivrance et de la garantie. Le Code des Obligations n'a pas parlé, dans son chapitre, des obligations du cessionnaire. Ce silence est un renvoi tacite aux règles admises par la loi en matière de vente ordinaire : le cessionnaire se trouve obligé à l'égard du cédant, il est tenu comme acheteur vis-à-vis de lui. Nous supposons toujours, en effet, le cas d'une cession onéreuse.

Tout d'abord, et en première ligne, l'acheteur (le cessionnaire) est tenu de payer au vendeur le prix convenu, dans le lieu et au temps fixé entre les parties. Les règles du paiement sont appliquées ici, en matière de cession de créances.

Le cessionnaire supporte aussi les frais de la cession.

Si le cessionnaire n'accomplit pas son obligation, le cédant peut poursuivre d'après les règles générales en matière de contrat et les règles de la vente, la résolution de la cession. Rien de plus à dire sur ce point.

Telles sont rapidement résumées les obligations du cessionnaire.

L'examen de cette dernière question marque la fin de notre étude sur la cession de créance proprement dite. Nous avons parcouru tout ce qui concerne les conditions de fond qu'elle réclame pour sa validité et ce qui a trait à sa forme et à ses effets.

Il nous paraît néanmoins utile, avant de clore notre première partie, de poursuivre l'examen des textes du Code des Obligations qui regardent la cessation du droit litigieux. Ce sera l'objet de notre chapitre IV. Ensuite, nous allons terminer par une comparaison entre la cession de créances et les autres contrats analogues (chap. V).

CHAPITRE IV

De la cession des droits litigieux.

La vente de droit litigieux a toujours été vue de mauvais œil; et, en effet, si l'existence d'un litige, c'est-à-dire d'un conflit d'intérêts et de prétentions qui ne peut être vidé que par l'autorité de la justice; est toujours un mal; ce mal ne peut qu'être aggravé par l'intervention d'un tiers qui, venant se mêler à la lutte, a pour mobile, le désir et l'espoir d'un gain. — Cependant, ce n'était pas une raison suffisante pour interdire de pareils traités; la liberté des transactions, le droit de disposer de ses biens, est un grand principe qui ne doit fléchir que devant des considérations puissantes; toutefois même la cession d'un droit litigieux pratiquement peut être utile à celui qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour subir le hasard d'un procès. — Mais le législateur pourrait, du moins, en diminuer les inconvénients, par de sages restrictions le mitiger par d'équitables tempéraments. Le remède apporté par le législateur aux inconvénients que peut produire la vente des droits litigieux consiste :

1° Dans le droit attribué à celui contre lequel a été cédé le droit litigieux, d'en opérer le retrait moyennant le remboursement au cessionnaire du prix pour lequel la cession a été faite avec les intérêts et les frais.

2° Dans la prohibition faite à certaines personnes de devenir acquéreurs de ces droits.

De telle sorte, le législateur réalise un autre but aussi important : le retrait termine un procès sans faire perdre à celui qui l'avait acheté autre chose que le gain espéré. Il y a un intérêt social à ce que le nombre des procès diminue; et le législateur a trouvé dans le retrait litigieux un moyen d'en faire cesser quelques-uns.

A propos de la capacité des parties en matière de cession de créances (chap. II), nous avons considéré quelles sont les personnes auxquelles l'achat des droits litigieux est défendu (art. 230 du Code des Obligations). Il nous reste dans ce chapitre III à nous occuper de la question de retrait litigieux; quelles sont les conditions qui constituent le retrait (comment s'exerce-t-il ?) ses effets et ensuite les exceptions apportées par la loi au principe du retrait litigieux.

SECTION I.

Les conditions qui constituent le retrait litigieux.

L'art. 324 du Code des Obligations dit que « celui contre lequel a été cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite », et l'art. 325 a ajouté ; « le droit est censé litigieux dès qu'il y a un procès et contestation de sa substance ».

1) Il résulte des textes mêmes ci-dessus, qu'en premier lieu, la loi exige cette condition que le droit, qui sera l'objet du retrait, soit litigieux. Quel droit est litigieux ? C'est l'art. 325 du Code des Obligations qui donne la réponse à cette question, de sorte qu'il ne reste aucun doute sur les limites de la notion de « litigieux ». D'après ce texte, le droit est censé litigieux quand il est « déjà contesté en justice », c'est-à-dire qu'il faut, pour qu'on reconnaisse un droit d'être litigieux, qu'il y ait un procès déjà existant, il faut que le procès existe au moment de la cession et qu'il ne soit pas terminé à ce moment là (par « terminaison » du procès, on doit comprendre : une décision au sens de chose jugée; une transaction, une péremption d'instance). Si le procès était terminé définitivement, le droit ne serait plus litigieux, d'où le retrait ne serait pas possible.

Le procès intenté, doit contenir dans l'objet de la demande, contestation de la substance du droit cédé, l'objet du retrait. L'art. 325 dit expressément : « quand sa substance est déjà contestée en justice » par conséquent, une demande de partage d'une succes-

sion qui reconnaît le droit en question, ne suffit pas pour que ce droit soit considéré comme litigieux. Est insuffisante aussi la suspension en vertu de l'art. 15 de la procédure judiciaire d'ordre. Pour que le droit soit considéré comme litigieux, il faut un procès déjà intenté; il suffit cependant que la demande soit présentée et enregistrée en justice; d'autre part, puisque la procédure judiciaire d'ordre n'est pas un procès qui puisse décider définitivement d'un litige, il s'ensuit que cette procédure ne suffit pas pour que le droit soit censé litigieux. (Cass. N. 712/6 XI, 1928, II, Revue des avocats, an IX, N° 9).

D'autre part, le procès, dit le législateur, doit être déjà intenté en justice. Dans le contenu du concept « justice » on doit inclure toutes les juridictions et personnes, qui sont qualifiées pour décider de semblables litiges. Ainsi : les juges de droit commun, les arbitres choisis par les parties, qui ont ainsi donné par avance leur consentement, qu'elles se soumettraient à la décision (Mévorach, commentaire, p. 635, sous l'art. 325).

Le terme litigieux signifie que la contestation en justice doit être déjà introduite au moment où le débiteur voudrait se prévaloir du retrait, c'est-à-dire au moment même où le débiteur du droit cédé veut exercer le retrait, le droit doit être déjà litigieux et demeurer encore litigieux à ce moment — sauf que le droit est litigieux suivant les règles posées ci-dessus, le retrait peut être exercé pendant toutes les phases du procès jusqu'à sa fin par une décision ou autre acte équivalent (transaction, péremption). Par conséquent, l'exercice du droit de retrait n'est pas limité par un délai légal.

De même, le retrait de l'art. 324 n'est pas admis lorsque dans la vente d'un droit, le vendeur (le cédant), avait fait des déclarations dans le contrat même dont l'interprétation implique que les parties ont indiqué la possibilité, la probabilité d'un procès. Le droit est litigieux, mais le retrait ici n'est pas possible (Colin et Capitant, t. II, p. 506).

En vue d'en terminer sur la question de déterminer des cas où le droit est litigieux, il faut signaler une différence substantielle à cet égard, entre le texte bulgare et l'art. 1700 du Code civil français, qui dit : « La chose est censée litigieuse, dès qu'il y a procès et contestation *« sur le fond du droit »*. Ces derniers mots

« *sur le fond du droit* » manquent dans le texte bulgare; ce n'est pas accidentellement. Les auteurs français interprètent avec raison le texte en ce sens que le procès lui-même n'est pas suffisant pour que le droit soit censé litigieux; il faut, en outre, que le droit, l'objet du procès soit contesté sur son fond. Ainsi, « le procès, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat (n. 918) n'est pas considéré comme engagé par le préliminaire de conciliation qui est établi en vue de prévenir le procès; les parties ne sont donc pas encore en procès quand elles n'en sont qu'à cette phase de la procédure. Elles ne seraient même pas en procès si, ayant comparé au bureau de conciliation, chacune y avait formulé des prétentions opposées et si un procès-verbal de non-conciliation avait été rédigé. Le procès n'éclate que par l'assignation à comparaître devant le tribunal qui devra juger le litige ».

Les considérations ci-dessus ne peuvent avoir aucune valeur à l'égard de l'art. 325 du Code des Obligations, où, comme on l'a dit, la clause « *sur le fond du droit* » manque; par là, le législateur bulgare a voulu écarter toutes les controverses relatives au moment où le droit doit être censé litigieux. Voilà pourquoi nous admettons que le seul fait de la présentation officielle de la demande en justice est aussi suffisant que le droit, l'objet de cette demande soit censé litigieux au sens de l'art. 325. Ce moment de la présentation de la demande en justice ne peut donner lieu à contestation; on pourrait le constater facilement dans les rôles du tribunal. Ajoutons que lorsqu'il y a déjà un procès sur la substance du droit cédé (aussi lorsque la demande est seulement présentée en justice) le juge n'a pas, dans l'application de la recevabilité du retrait litigieux, à rechercher si la contestation est fondée ou non. Il suffit qu'elle existe par la présentation de la demande pour que le droit contesté soit censé litigieux et le retrait possible.

Une autre question se pose à ce sujet : la conception de « *droit litigieux* » a-t-elle la même portée (le même sens) dans l'art. 327 et dans l'art. 230 du Code des Obligations ? Cette question est aussi discutée entre les auteurs français.

Il y a des auteurs (Aubry et Rau, t. V, § 359 quater, note 5; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 263) qui trouvent que la définition de l'art. 1700 (resp. 325 du Code bulgare) ne s'applique qu'au retrait litigieux, où il est nécessaire qu'il y ait procès engagé. Mais,

disent-ils, ce n'est pas nécessaire pour la prohibition de l'art. 1597 du Code civil (resp. 230 du Code bulgare) où le législateur prévoit deux cas : celui où il y a procès engagé et celui où il y a simplement droits et actions, litigieux, c'est-à-dire des droits de nature à faire entrevoir un procès à courte échéance. Nous croyons que cette opinion est inadmissible dans notre Code des Obligations, parce que l'art. 230 (resp. 1597 du C. civ.) parle des droits litigieux « de la compétence » de tel ou tel tribunal. Par conséquent, la loi vise les cas où la contestation du droit en question est déjà soumise à la barre du Tribunal, c'est-à-dire lorsqu'il y a déjà un procès engagé. D'autre part, la conception du droit litigieux en dehors de la justice est très controversé et vague; quel sera le criterium par lequel on va déterminer si le droit est litigieux à défaut de procès engagé ? Nous croyons qu'il sera bien difficile de trouver une telle définition, une détermination exacte du « droit litigieux », quand celui-ci n'est pas encore contesté en justice; laisser au juge du fait le soin de le qualifier dans tous les cas différents, ce serait très onéreux, et aussi très dangereux; on le prévoit bien, ce serait toujours le point de départ de discussions sur le point de savoir si le droit est litigieux ou non. Voilà pourquoi nous sommes portés à accepter l'opinion, soutenue aussi par M. Planiol (Traité élémentaire de droit civil, t. II, § 1434 et note II) d'après laquelle le seul criterium admissible pour la détermination du « droit litigieux » c'est celui de l'art. 325 (resp. 1700 du C. civ.). Par conséquent, l'expression « droit litigieux » dans l'art. 230, doit être entendue dans le sens de l'art. 325, d'après lequel un droit n'est litigieux que quand le procès est commencé, quand il y a une demande présentée au tribunal compétent.

2) En second lieu, pour que le débiteur puisse se prévaloir de l'art. 324, c'est-à-dire demander à se substituer à l'acquéreur, il faut que la cession ait été faite moyennant un prix, parce que la première obligation que l'art. 324 impose à celui qui exerce le retrait est de rembourser au cessionnaire le prix qu'il a payé au cédant; par conséquent, il faut que le contrat du transport, conclu entre le cédant et le cessionnaire comporte un prix. Voilà pourquoi on reconnaît unanimement que le retrait est impossible lorsque la cession a été faite à titre gratuit; dans ce cas, la spéculation est

exclue; pas de prix : que rembourserait-on au cessionnaire ? Evidemment le retrait sera impossible.

Si la cession est faite sous la forme de l'échange, le retrait est-il possible ? Nous croyons raisonnable l'opinion qui donne la réponse négative (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 933; Colin et Capitant, t. II, p. 509 Contra : Hue, t. II, n. 603; Planiol, t. II, n. 1652; Mévorach, p. 633 sous l'art. 324). Voici nos raisons : l'institution du retrait de l'art. 324 est caractérisé par cela que, en vertu de la loi, le débiteur remplace le cessionnaire, dans ce remplacement le consentement du cessionnaire n'est pas requis; le débiteur pourrait exercer le retrait litigieux à l'insu de celui-ci; en vue de sauvegarder les droits de ce dernier, la loi a prescrit que le débiteur soit obligé de lui rembourser « le prix réel de la cession » qu'il a payé au cédant; de telle sorte que par ce remboursement du prix, le cessionnaire revienne à sa première situation, celle dans laquelle il se trouvait avant la cession; dans ces conditions le cessionnaire ne pourrait pas se plaindre, qu'il a éprouvé un dommage de la part du débiteur qui exerce le droit de retrait. Voilà le but du législateur; pourrait-il être atteint dans le cas de l'échange ? Nous ne le croyons pas. On dit qu'en cas d'échange, quoique le prix fasse défaut, le retrait aura lieu à la condition que le débiteur paye l'équivalent de la chose donnée au cédant. Mais dans ce cas, pourriez-vous placer le cessionnaire dans la même situation où il se trouvait avant la cession ? Evidemment non ! Dans ce cas, en outre, on fait une expropriation forcée au préjudice du cessionnaire.

D'autre part, la loi porte expressément que le débiteur qui voudrait se prévaloir du droit de retrait doit rembourser au cessionnaire le *prix réel*, les *intérêts*, etc. Ces termes que le législateur n'a pas employés accidentellement indiquent sa véritable intention, à savoir que l'art. 324 ne soit applicable que dans les contrats contenant un prix déterminé, c'est-à-dire dans les ventes.

Il faut donner la même solution à la question du retrait litigieux en cas de pacte *quota litis*. Dans ce contrat, il y a un mandat intéressé : le créancier ne cède pas sa créance litigieuse au cessionnaire, mais ce dernier accepte le mandat de poursuivre le débiteur. à ses frais personnels, à la condition de partager (ou de prendre une part déterminée avant) avec le créancier (le cédant) l'émolument à retirer des poursuites. Dans ce cas, le retrait sera impossi-

ble parce qu'il n'y a pas de prix, au moins tant que le procès n'est pas terminé (Baudry-Lacantinerie et Saignat, p. 935; Colin et Capitant, t. II, p. 506). Ce sont les deux conditions principales que la loi a requises pour le retrait litigieux; pour le surplus, on va appliquer les règles communes à la cession. Par exemple, tous les droits litigieux peuvent être cédés et le retrait peut être exercé quelle que soit la nature du droit cédé : qu'il soit personnel ou réel; que la cession (la vente du droit litigieux) ait été faite comme une vente privée ou une vente publique (lorsque la vente du droit litigieux a été faite aux enchères publiques et par autorité de justice, comme cela a lieu souvent en cas de faillite). La forme du contrat de cession n'a aucune importance : qu'il soit verbal, écrit, sous-seing privé ou notarié; que le droit cédé ait pour objet un immeuble ou un meuble. Lorsque le droit cédé se rapporte à un immeuble, il y a certainement difficultés dans le cas suivant : supposons un procès en revendication d'un immeuble. Le droit sur l'immeuble, alors, est litigieux. Si le demandeur en revendication de l'immeuble cède son action à un tiers, il est certain que le défendeur pourra exercer le retrait litigieux, conformément à l'art. 324. Mais, en sens inverse : si c'est le défendeur qui, lui, ait revendu à un tiers la chose même revendiquée, détenue et possédée par lui, le demandeur pourrait-il exercer le retrait litigieux et prendre l'immeuble pour lui ? La solution négative nous paraît seule exacte. En effet, la loi ne fait aucune distinction entre les deux cas ci-dessus; dans les deux, il y a cession d'un droit, dans les deux, ce droit est l'objet d'un litige. Néanmoins, entre les deux cas, il y a une différence. La loi dit : « celui contre lequel a été cédé un droit »... Le demandeur revendiquant peut céder son action contre le défendeur possesseur de l'immeuble; mais si ce dernier transfère l'immeuble lui-même, il ne le transfère pas *contre* le demandeur, avec lequel il voudrait bien n'avoir aucun rapport. Avant le procès et au cours du procès, la présomption légale est que le défendeur, possesseur de l'immeuble, a raison; autrement dit : Dès le début du procès jusqu'à sa fin, on suppose que le défendeur possède l'immeuble *cum anime domini*, pour lui-même, comme le sien (à lui). Alors, pourquoi le défendeur ne pourrait pas disposer de l'immeuble, sans aucun danger, que son acquéreur soit soumis au retrait de la part du demandeur ? Voici pourquoi nous

croions que le demandeur revendiquant ne pourrait pas exercer le retrait contre le tiers, auquel le revendeur-possesseur avait cédé son droit de propriété sur l'immeuble, objet du procès (Huc, t. II, n. 615 et s. s.; Aubry et Rau, t. V, § 359 quater, note 15; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 938).

La loi, comme nous l'avons dit, ne soumet pas le retrait litigieux à d'autres conditions, non plus à des formalités spéciales; il suffit que celui qui voudrait exercer le retrait déclare cette prétention; cela se produit bien facilement dans le cas où le tiers-cessionnaire, contre lequel le débiteur va exercer le retrait, a pris part au procès, soit comme partie, soit comme tierce personne. Si le cessionnaire ne prend pas part au procès, alors, c'est la personne qui voudrait exercer le retrait qui doit demander au juge, que le cessionnaire soit mis en cause au procès comme une tierce personne; ou bien, exercer le retrait par une demande distincte contre le tiers-cessionnaire. C'est contre le cessionnaire et non contre le cédant que le retrayant doit agir toujours quand il veut exercer le retrait litigieux. Certainement si les parties se mettent d'accord sur l'exercice du retrait, elles pourront le constater par un acte, comme elles le trouveraient le plus commode.

3) Une fois les conditions ci-dessus remplies, le retrayant peut exercer le retrait; la loi l'oblige alors de faire au retrayé le remboursement de ses déboursés (art. 324). Par cette disposition, la loi a voulu replacer les choses dans leur situation avant la cession du droit litigieux; si le cessionnaire subit une véritable expropriation forcée du droit à lui cédé, au profit du retrayant, au moins qu'il soit indemnisé équitablement pour ce qu'il a déboursé et qu'il ne reste privé que du bénéfice qu'il espérait tirer de cette opération. Voilà pourquoi l'art. 324 oblige le retrayant à rembourser au cessionnaire :

a) Le prix réel de la cession. La loi dit prix réel et nous montre par là que le retrayant pourra toujours déjouer la fraude, dans le cas où les parties, en vue d'empêcher l'exercice du droit de retrait, ont mensongèrement indiqué dans l'acte qui constate la cession, un prix supérieur à celui réellement convenu entre elles; il pourra user de tous les moyens possibles afin de prouver que le prix a été frauduleusement exagéré.

b) En second lieu, le retrayant doit lui rembourser les frais

par lui payés, c'est-à-dire : les frais exposés par le cessionnaire à propos du contrat du transport. S'il y a eu fraude, si le prix de la cession a été grossi, le retrayant qui a prouvé cette fraude, ne devra payer que les frais du contrat du transport sur le prix réel et non pas ceux que le cessionnaire a payés sur le prix exagéré qu'il a déclaré.

c) Enfin, le retrayant doit rembourser au cessionnaire les intérêts du prix de la cession du jour où le cessionnaire a payé ce prix. Dans le cas où le contrat de cession ne contient aucune clause sur les intérêts, le retrayant les payera d'après leur détermination par la loi; inversement, le retrayant doit payer le pourcentage déterminé en avant dans le contrat de cession. Enfin, si le contrat contient un délai consenti au cessionnaire pour payer le prix convenu, le retrayant en profitera aussi; la solution est la même si les parties (cédant et cessionnaire) ont convenu que le cessionnaire n'aurait pas d'intérêts à payer, le retrayant n'en payera pas non plus : le principe est que le cessionnaire ne subisse en rien aucun dommage (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 947).

Pour terminer sur cette question, il faut ajouter que le retrayant est tenu, pour exercer le retrait de faire au cessionnaire l'offre réelle des sommes qu'il doit lui rembourser. C'est le sens véritable du mot « rembourser », employé par le législateur dans l'art. 324 (Baudry-Lacantinerie, n. 950).

SECTION II.

Les effets du retrait litigieux.

Nous savons maintenant à quelles conditions le retrait litigieux peut s'exercer. Nous allons examiner ses effets successivement dans les rapports du retrayant et du retrayé, dans ceux du cédant et du cessionnaire et enfin dans ceux du cédant et du retrayant.

1) Entre le retrayant et le retrayé, ou des ayants-cause de celui-ci, l'effet du retrait litigieux est tel qu'il fait considérer que la cession au cessionnaire (le retrayé) est non avenue, qu'il n'a jamais été propriétaire du droit litigieux, de telle sorte qu'il perd tous

les droits qu'il tenait de la cession, ils sont considérés nuls. Ainsi, lorsque le droit litigieux est une créance, toutes les saisies-arrêts opérées par le retrayé (le cessionnaire) sont nulles, ou, plus exactement non avenues; si le droit litigieux a pour objet un immeuble, tous les droits réels constitués par le cessionnaire (retrayé) comme les hypothèques, les servitudes) sont considérés comme non avenues. Bref, tous les droits qui ont pris naissance dans la personne du retrayé sur la chose, objet du retrait, doivent être considérés comme non avenues.

2) Entre le cédant et le cessionnaire (le retrayé) les effets de la cession sont maintenus. Leurs obligations résultant de la cession, ne sont pas altérées par le retrait litigieux, et elles doivent être exécutées telles qu'elles ont été contractées quoique le retrait ait enlevé au cessionnaire le droit cédé. Par exemple, le cédant peut exiger du cessionnaire le paiement du prix, si ce dernier ne l'a pas payé. Mais le cessionnaire ne pourrait pas, en général, agir en garantie contre le cédant, quoique évincé par le retrait litigieux, parce que, ayant acheté un droit qu'il avait contesté, il a volontairement fait un contrat aléatoire et il a dû s'attendre au retrait (Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 955, *Contra* : Colin-Capitant, t. II, p. 510).

3) En ce qui concerne les rapports entre le cédant et le retrayant (les parties au procès) un certain nombre d'auteurs estiment que le retrait litigieux a un caractère translatif; par conséquent, le retrayant acquiert par le retrait les droits et les obligations du cessionnaire (le retrayé) de telle sorte qu'il devient son ayant cause. Voilà pourquoi, d'après cette opinion, le cédant possède l'action directe contre le retrayant dans le cas où le retrayé vient à ne pas remplir ses obligations d'après le contrat de cession (parce que le retrayant est un ayant cause du retrayé). Nous ne croyons pas cette opinion admissible. A défaut de disposition expresse dans la loi à cet égard, on ne pourrait pas donner le caractère translatif au retrait litigieux, parce que le retrayant est débiteur; après l'opération du retrait, le droit litigieux n'existe plus; il est entre les mains de celui contre lequel il était cédé; c'est pourquoi le droit litigieux est déjà éteint ou consolidé. Ainsi la situation ressemble-t-elle à celle qui se produit après la transaction par laquelle on a mis fin au litige.

SECTION III.

Exceptions apportées à la disposition du retrait litigieux.

L'article 326 établit trois exceptions à la disposition de l'article 324. Le droit d'exercer le retrait est basé sur le peu de faveur que méritent les acheteurs de procès; aussi la loi retire-t-elle ce droit lorsque des motifs avouables expliquent naturellement la cession et dans les cas exclusifs de toute idée de spéculation chez le cessionnaire. Ainsi l'art. 326 porte : « La disposition de l'art. 324 cesse :

« 1° Dans le cas où la cession est faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé;

2° Lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû;

3° Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage, objet du droit litigieux ».

Par conséquent, le retrait litigieux n'a pas lieu.

1) Lorsque le droit litigieux a été cédé à un cohéritier; cette exception est conçue en des termes des plus généraux et assimile très justement le copropriétaire au cohéritier; car les raisons de décider sont les mêmes pour l'un et pour l'autre. Toutefois, au sujet de cette exception, certains auteurs ont pensé que l'article 326 (1701 dans le Code civil français) repoussait le retrait, non seulement lorsque la cession était faite par un héritier à son cohéritier, par un propriétaire à son copropriétaire, mais encore lorsqu'un tiers, ayant un droit à exercer contre plusieurs cohéritiers ou copropriétaires, l'avait cédé à l'un d'eux.

Cette opinion est inadmissible et se trouve condamnée par le texte même de l'article 326. Cet article n'est pas, en effet, aussi large qu'on le suppose, il ne se contente pas de demander que le cessionnaire soit un copropriétaire du droit ou de la chose sur lesquels existe une prétention qui serait l'objet de la cession; il veut que le cessionnaire soit un copropriétaire du droit même qui fait l'objet de la cession. Or, comme un droit commun ne peut être cédé que par l'un des communistes, il s'ensuit qu'exiger du cessionnaire la qualité de copropriétaire du droit cédé, c'est exiger que

cette qualité existe chez les deux parties. Vraiment, il y a des cas, quoique bien rarement, où le cédant est étranger au droit cédé, c'est-à-dire une personne qui n'était pas copropriétaire du droit cédé et qui, prétendant au contraire l'avoir tout entier, avait porté cette prétention en justice. Dans ce dernier cas, comme nous avons dit, cette première exception ne s'applique pas. Le texte de l'art. 326, al. I, ne s'applique donc qu'au cas de la cession où les deux parties sont copropriétaires (ou cohéritiers), et ne comprend pas dans ses termes le cas d'un cédant étranger au cessionnaire. Cette première exception n'a, d'après le texte, que la portée qu'elle a toujours eu; elle n'est écrite que pour la cession faite par le communiste à son communiste, et qui a, dès lors, pour cause, le désir de faire cesser l'indivision (Aubry et Rau, t. V, § 359 quater et note 83; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 962; Mévorach, commentaire, p. 637, sous l'art. 326; Contra : Hue : Cession et transmission de créances, t. II, n. 680 s.).

2) La dernière exception a lieu pour une cession faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû; cette exception se justifie par elle-même. En effet, le créancier, qui ne pouvant se faire payer autrement, accepte en paiement une cession de droits litigieux; n'obéit point à une inspiration coupable; il pourvoit simplement à la conservation de ses intérêts, rien ne motiverait la sévérité dont il serait l'objet; mais si la dette, en paiement de laquelle la cession est faite, avait été constituée précisément pour se placer dans l'exception et éluder ainsi la règle générale, cette combinaison devrait être déjouée par l'admission du retrait; bien entendu, comme la fraude ne se présume pas, le débiteur du droit litigieux cédé devrait en faire la preuve. Enfin ajoutons que dans le cas où le droit litigieux est donné en paiement pour partie seulement, et que le cessionnaire paie au cédant une soulte qui représente la différence entre la valeur du droit cédé et la créance du cessionnaire, et pour savoir ce qui domine dans cette opération : le paiement ou la spéculation sur le procès, nous pensons que comme il s'agit d'une question d'appréciation, il appartient aux juges de décider et alors, s'il y a une véritable vente, une spéculation sur le procès, le retrait sera admis.

3) Enfin, la troisième exception se présente dans le cas où la cession est faite au possesseur de l'héritage, objet du droit litigieux. Il est difficile de trouver des cas d'application de cette ex-

ception. On cite l'exemple donné par Pothier (Vente, 593) : « Lorsque le possesseur d'un héritage, poursuivi par un prétendu créancier hypothécaire du vendeur de l'héritage, achète cette créance ». MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat (n. 966) trouvent que cet exemple est le seul pour lequel la troisième exception de l'art. 326 (1701 du Code civil) ait sa raison d'être. D'autres auteurs, comme MM. Colin et Capitant (t. II, p. 508) donnent l'exemple suivant : « l'immeuble que je possède m'est disputé par plusieurs demandeurs et ces demandeurs, en même temps qu'ils m'ont assigné, moi, leur adversaire commun, se sont respectivement mis en cause, afin de faire prononcer sur la propriété de l'immeuble entre eux, en même temps que contre moi. Si j'achète le droit de l'un de ces demandeurs seulement (sans doute pour n'avoir plus affaire qu'à celui des deux dont je me crois à même de triompher le plus facilement), l'autre ne pourra pas exercer le retrait à mon encontre ».

Ce sont les trois exceptions à la règle générale de l'article 326. Pour finir, il faut remarquer que cet article est limitatif. Sa rédaction ne permet pas plusieurs interprétations.

CHAPITRE V.

Parallèle entre la cession et divers autres contrats analogues.

Nous venons d'étudier la matière de la cession-transport. Nous avons examiné la nature de ce contrat, la forme, les effets de cette vente de choses incorporelles, mais comme il arrive souvent que, dans le langage vulgaire, on confonde sous le terme générique de cession diverses autres conventions, telles que la *délégation*, la *subrogation*, il importe de faire ressortir les points de différence qui existent entre ces dernières et la cession proprement dite.

SECTION I.

Comparaison de la cession de créance avec la subrogation.

La subrogation est une fiction juridique, admise ou établie par la loi, en vertu de laquelle une obligation, éteinte au regard du créancier originaire, par suite du paiement qu'il a reçu d'un tiers, ou du débiteur lui-même, mais avec des deniers qu'un tiers lui a fourni à cet effet, est regardée comme continuant du subsister au profit de ce tiers, qui est autorisé à faire valoir dans la mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions de l'ancien créancier (Aubry et Rau, t. II, § 321, Cours de Droit Français).

On voit que dans la subrogation comme dans la cession de créances, le subrogé acquiert les droits et actions du créancier en lui payant le prix de la créance, mais dans le cas de la subrogation, le but principal n'est pas d'acquérir la créance c'est de libérer le débiteur en payant le créancier, toute idée de spéculation est écartée et si, dans la réalité, le tiers qui paye devient titulaire de la créance, puisqu'il a les droits et actions du créancier, c'est que

le législateur, par bienveillance, pour lui, et afin de lui permettre de rentrer dans ses déboursés, conserve une existence fictive à des droits qui, en fait et nonobstant toutes réserves, devraient être considérés comme éteints. Le subrogé est favorisé parce qu'il est censé avoir eu pour seul but de rendre service au débiteur.

De la dissemblance de nature qui existe entre la cession de créances et la subrogation, résultent des différences, qui tiennent presque toutes à ce trait caractéristique que la cession de créances, à la différence de la subrogation, est un acte de spéculation, une véritable vente. Voici leurs principales différences :

1. *Du point de vue de la garantie.* Nous avons vu que le cédant, étant vis-à-vis du cessionnaire un véritable vendeur, lui devait garantie tout au moins de l'existence de la créance (art. 320 du Code des Obligations) et au cas où la créance n'existait pas, devait être condamné à rembourser au cessionnaire le prix de la cession, les frais de poursuite et du contrat de transport, et aussi les dommages et intérêts.

Le subrogé doit être traité tout autrement quant à la garantie. Le subrogeant ne lui en doit point; en effet, il n'est pas vendeur, c'est un créancier qui reçoit son paiement et qui consent ou est obligé par la loi à laisser exercer par le subrogé les droits et actions qu'il avait contre le débiteur. Il n'est obligé ni légalement, ni contractuellement à l'égard du subrogé. Point de garantie due par conséquent en matière de subrogation : si la créance n'existait pas, ou vient à être déclarée nulle postérieurement au paiement fait par le subrogé, le subrogeant serait tenu en tout et pour tout à restitution de la somme qui lui a été payée, sans autres dommages et intérêts. Le subrogé agirait par l'action, en répétition de l'indu (*condictio indebiti*) puisqu'il n'a pas droit à l'action en garantie (les art. 50, 51). Le créancier ne serait tenu à la bonification des intérêts et à la restitution des frais de la quittance subrogatoire que s'il avait reçu paiement de mauvaise foi (art. 52).

2. *Au point de vue de ce dont le débiteur sera redevable au subrogé.* Dans la cession de créance, le cessionnaire a le droit de poursuivre le débiteur cédé pour le montant total de la créance : la cession-transport, ayant pour objet de la part du cessionnaire, l'acquisition de la créance, est une spéculation, d'où il résulte que celui qui l'a acquise, a le droit d'en exiger le montant intégral, bien

que le prix de la cession soit inférieur au montant de la créance : tant mieux pour lui s'il l'a acheté à bas prix. Le débiteur ne peut se refuser au paiement intégral de la créance, sous prétexte que le cessionnaire l'a obtenu, pour une somme modique, moins élevée que celle qu'il réclame.

Il en est autrement pour la subrogation. Le subrogé est considéré comme ayant voulu libérer le débiteur, comme ayant agi en faveur du débiteur; celui-ci doit donc profiter de ce que le subrogé aurait pu obtenir quelque concession du subrogeant et se faire consentir une remise. Dès lors, le subrogé ne peut réclamer au débiteur que les sommes qu'il a déboursées; il ne peut faire usage de la fiction légale que pour éviter une perte et non pour s'assurer un gain pécuniaire.

3. *Au point de vue de la publicité.* La subrogation n'est soumise à aucune publicité pour être valable contre les tiers, à la différence de la cession qui n'est opposable aux tiers qu'après la signification au débiteur; cette différence se comprend aisément; la subrogation n'étant à l'égard du créancier et de ses ayants cause qu'un paiement, il n'y avait pas de raison de la rendre publique. La disposition de l'article 317 du Code des Obligations, qui prescrit la signification, n'est donc pas applicable au subrogeant, puisque c'est uniquement au transport d'une créance que s'applique cet article. Nous dirons donc que le paiement avec subrogation comme le paiement pur et simple, produit tout son effet à l'instant même où il est opéré, non seulement entre la personne qui l'effectue et le créancier, mais encore à l'égard des tiers, pourvu, dans ce dernier cas, que l'acte ait date certaine.

Toutefois, nous pensons qu'il est prudent pour le subrogé de faire signifier au débiteur la quittance subrogative, car le paiement par lui fait de bonne foi à l'ancien créancier serait libératoire, sauf le recours du subrogé contre le subrogeant.

4. *Au point de vue du consentement,* la cession de créance requiert la présence et le consentement du créancier, la subrogation peut avoir lieu par le seul consentement du débiteur sans que la volonté du créancier puisse y mettre obstacle (l'art. 157, al. II. du Code des obl.); elle peut même avoir lieu sans la volonté des parties lorsque la subrogation se produit en vertu de la loi (l'art. 158).

5. Indépendamment des actions du subrogeant, le subrogé a

une autre action : l'action *mandati* ou *negotiorum gesterum* qui lui est personnelle et qui provient du paiement qu'il a fait en l'acquit du débiteur; le subrogé aura intérêt à se prévaloir de l'action *mandati*, dans le cas où la créance ne serait pas productive d'intérêts, car en sa qualité de mandataire ou de gérant d'affaires, les intérêts de ses déboursés lui seront dûs de plein droit du jour du paiement (l'art. 501 du Code des Obligations), tandis qu'il n'y aurait droit qu'à compter du jour de sa demande en justice s'il agissait par l'action de l'ancien créancier (art. 136 du Code des Obligations).

Telles sont les principales particularités qui distinguent la subrogation de la cession de créances.

SECTION II.

La cession de créances et la délégation.

La délégation est un acte juridique par lequel une personne appelée délégant, débitrice envers un tiers, se libère à l'égard de ce dernier en lui présentant un autre débiteur, qu'il accepte. Le nouveau débiteur ou délégué avait, en général, le délégant comme créancier; le tiers créancier du délégant qui accepte le changement du débiteur est dit délégataire. La délégation est parfaite ou imparfaite : imparfaite si le délégant n'est pas libéré par l'engagement du délégué, mais reste près de lui comme débiteur et responsable en cas d'insolvabilité du délégué; elle est parfaite et constitue une novation au cas où le délégant se trouve libéré à la suite de l'acceptation du délégué comme débiteur par le délégataire (art. 176 du Code des Obligations). C'est de cette dernière que nous avons à nous occuper, la délégation imparfaite n'ayant point de ressemblance avec la cession de créances.

On voit, avec la même facilité, la différence qui existe entre la délégation et la cession. La cession ne change rien à la créance; le même droit qui était sur la tête du cédant pèse sur celle du cessionnaire qui ne fait qu'exercer le droit du cédant; la délégation, au contraire, implique novation. Le délégataire devient réellement créancier et agit *comme tel* en son propre nom; il exerce son propre droit. De là, il résulte que les privilèges et hypothèques atta-

chés à la créance éteinte, par suite de la délégation acceptée par le délégataire, s'éteignent et ne garantissent plus la créance surgie de la novation, à moins que le créancier n'ait fait des réserves formelles à cet égard, ou bien que l'art. 319 du Code des Obl. dispose explicitement que les privilèges et les hypothèques attachés à la créance la suivent dans quelques mains qu'elle passe. Il résulte encore que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il eût pu opposer au cédant; le cédé, au contraire, pourra opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. Les deux actes juridiques que nous comparons n'ont donc qu'une ressemblance apparente et sont très distincts dans leur nature et les conséquences qu'ils comportent.

Enfin, quant à la garantie, ils présentent une dernière ressemblance; le cédant, nous le savons, ne garantit que l'existence de la créance; le délégant garantit la solvabilité actuelle du délégué. Remarquons de plus que si, dans le transport, le concours du débiteur n'est pas nécessaire, ici, il faut de toute nécessité que le délégant, le délégué et le délégataire soient présents et consentants à la délégation.

Nous terminerons par ce chapitre notre première partie, l'étude de la cession des créances; il resterait beaucoup à dire, si nous voulions examiner les questions de détail qui se rattachent à notre matière et si, passant des créances civiles aux créances commerciales, nous essayions de traiter ce qui les concerne et ce qui se rattache à leur transport. Nous aurions été entraîné plus loin que ne le comportait notre travail; nous avons entrepris la cession des créances telle qu'elle ressort des articles 316 et suivants du Code des Obligations et nous croyons avoir achevé notre tâche.

DEUXIEME PARTIE

DE LA MISE EN GAGE DE CREANCES

Introduction comparative.

Chez les Romains, comme de nos jours, le créancier peu confiant en la simple promesse de son débiteur, pouvait fortifier son droit par deux moyens : soit en obtenant des sûretés personnelles, soit en exigeant des sûretés réelles. Pendant longtemps à Rome, les sûretés personnelles furent préférées : *plus est cautionis in persona quam in re*, pensait-on. Cette préférence concordait avec cette idée que l'obligation n'est qu'un rapport entre deux personnes, un lien proprement personnel, et n'entraînait pas l'engagement des biens comme conséquence de l'obligation du débiteur. Dans le droit primitif romain, la personne seule du débiteur était tenue; c'était sur cette personne que s'exécutait l'obligation *per manus injectionem*. Toutefois, à côté des sûretés personnelles apparurent, quoique plus tard les sûretés réelles. Jadis, les Phéniciens avaient employé les sûretés réelles, plus particulièrement, la mise en gage des choses incorporelles (Dernburg : *Das Phandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 1860, Bd. I, p. 5). A Rome, c'est en droit public qu'a commencé l'engagement du patrimoine et l'exécution sur les biens. Les particuliers aussi, ne tardèrent pas à mettre en pratique les sûretés réelles, au lieu d'étendre, dans tous les cas, l'obligation du débiteur à des cautions, à des *sponsores*.

Les Romains connurent trois modes de garantie réelles : la *fiducia*, le *pignus*, l'*hypothèque*.

Dans la *fiducia*, le débiteur transférait la propriété d'un de ses biens au créancier; mais un contrat particulier, la *fiducia*, joint à l'acte d'aliénation, imposait au créancier l'obligation de transférer la propriété au débiteur après le paiement. Le créancier avait la sûreté la plus complète qu'il pût désirer, mais le but était dépassé : la propriété transmise était plus qu'une garantie accessoire; le débiteur était à la merci de son créancier; pour remédier aux abus, on inventa le *pignus*.

Le *pignus* n'opérait plus le transfert de la propriété au profit du créancier, mais seulement celui de la possession juridique. La garantie était suffisante pour le créancier, mais souvent gênante pour le débiteur qui perdait l'usage de sa chose. Aussi le prêteur en vint à édicter que, lorsque le débiteur aurait, même par une simple convention, affecté l'un de ses biens à la garantie de son créancier, celui-ci aurait une action réelle pour obtenir la possession de ce bien, non plus dès le jour de la convention, mais seulement au jour de l'échéance, s'il n'avait pas été désintéressé. Le prêteur créa donc l'hypothèque; elle ne fut d'abord, que le droit éventuel, sanctionné par une action réelle, à la possession de la chose engagée; plus tard, on y joignit le droit de vendre cette chose.

C'est dans cet ordre : *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*, que ces modes de garantie réelle furent inventés, mais la naissance de l'un n'amena pas la disparition de l'autre; ils coexistèrent et furent pratiqués, la *fiducia* et le *pignus*, longtemps après que l'hypothèque fût connue.

Aucune de ces formes n'était applicable aux cas où l'objet du gage était non plus une chose corporelle, mais une créance. Dans le droit primitif, si la première forme, que les Romains avait imaginée, la *fiducia*, aurait pu convenir en théorie, elle était manifestement inapplicable en pratique pour un double motif : d'abord, parce qu'à cette époque là, les créances étaient incessibles, ce qui empêchait d'en faire l'objet d'une aliénation fiduciaire, ensuite parce que la *mancipacio*, l'*injure cessio* et surtout la *tradition*, qui ne convient qu'aux objets matériels, n'ont jamais paru susceptibles d'être utilisées au point de vue du transport total ou partiel des créances. Le *pignus* qui remplaça la *fiducia*, ne pouvait non plus servir aux créances, car il ne convient lui aussi qu'aux choses

corporelles susceptibles de détention et, s'il constituait un progrès en ce sens qu'il écartait les dangers qui résultaient de l'aliénation fiduciaire, par cela même qu'il supposait une tradition, il empêchait ceux qui pouvaient le souhaiter, de se servir des créances non exigibles qui figuraient dans leur patrimoine.

C'est un fait universellement connu qu'il faut qu'un peuple atteigne un état de civilisation juridique assez avancé pour qu'il en vienne à envisager les créances comme objets des contrats et les Romains, semble-t-il, n'ont pas fait exception à la règle, car l'utilisation de ces biens en vue d'obtenir un crédit, c'est-à-dire le *pignus nominis*, n'apparaît qu'au cours de la période du droit classique. La législation romaine, comme dans toute société en formation, était portée à ne considérer comme susceptibles de transaction que les biens corporels; en effet, les choses incorporelles étaient rares; d'autre part, le trafic de créances ne pourrait se concevoir que lorsque les parties avaient à leur disposition des moyens commodes et sûrs d'en transporter le bénéfice; voilà pourquoi tant que la créance était inaliénable, incessible, il n'y a pas non plus de *pignus nominis*. Le chemin parcouru par la cession de créances, comme nous l'avons indiqué dans l'introduction comparative de la première partie de notre travail, est le même qu'à suivi en même temps la mise en gage des créances. En analysant le *pignus nominis*, en effet, nous y trouvons, gouverné par les règles générales de l'hypothèque, un transfert de créance sous cette condition que le créancier hypothécaire ne serait pas payé à l'échéance. C'est au moment où *l'actio utilis* remplace *l'actio mandati* que la créance est vraiment *in commercio*, c'est le moment où apparaît le *pignus nominis* : par les actions utiles, données directement au créancier, ce dernier pouvait demander en justice le paiement, la prestation de la créance engagée par laquelle il pouvait recevoir satisfaction (il pouvait se payer). Voilà les origines du *pignus nominis*.

Dans le Code civil français, le droit de gage sur les choses incorporelles ne prend qu'une petite place parmi les dispositions du gage des choses corporelles. A cet égard, les rédacteurs du Code civil n'ont pas eu à innover pour régler la manière du gage. Ils ont emprunté les dispositions y afférentes à l'ancienne jurisprudence.

française qui elle-même, s'était inspirée de la législation romaine (Pandectes françaises, tome 34, gage, n. 36).

Le *Codice civile* italien suit, presque sans s'en écarter, le système du Code français; le Code bulgare des Obligations, resp. les articles 616-628, relatives à la matière du gage, est une copie littérale des textes correspondants du Code civil italien. —

Après cette étude sommaire sur l'origine du droit des gages sur créances, nous allons examiner comment se forme, le gage sur créances et ses effets, en comparant les législations : romaine, française, allemande et suisse. En ce qui concerne l'étude comparative entre le droit bulgare d'une part et le droit français de l'autre, elle aura lieu en cours de notre travail.

Ainsi qu'il résulte des observations que nous avons présentées au début, le contrat, grâce auquel il était permis d'affecter spécialement une créance à la garantie d'une dette, à savoir le *pignus nominis*, n'apparut dans le droit romain que tardivement, ce qui lui permit de bénéficier des réformes amenées par la réaction qui s'était produite contre les règles du formalisme étroit dans lequel était enserrée la vie juridique des premiers temps de Rome. Les textes, en effet, nous montrent qu'il se formait par simple convention. Un simple pacte suffit lorsqu'il s'agit de former un contrat de garantie, et comme il en était de même en cas de cession, aucun doute n'est permis en ce qui concerne le *pignus nominis*. Les parties dressaient parfois un acte écrit de la convention, mais le droit ne leur en faisait pas une obligation; les nécessités de la pratique seules invitaient à la rédaction d'une *cautio*; quoique, en effet, les Romains ne se sont jamais entièrement affranchis de cette idée primitive que les témoignages sont préférables aux écrits; pourtant, la pratique devait avoir reconnu les inconvénients que présentait l'établissement d'une preuve par témoins. Mais une convention pure et simple ne suffisait pas à protéger le créancier, car ce serait une sûreté bien précaire que celle qui résulterait d'une déclaration par laquelle il serait entendu entre les parties que telle créance est affectée à la garantie de l'un des contractants. Il faut pour que la sûreté soit fermement constituée, que le créancier opère main-mise sur le *nomen* de façon que son gage ne vienne pas à s'évanouir à la suite d'un paiement effectué entre les mains du constituant; plus généralement, il faut que ce dernier ne puisse

plus, ni disposer de la créance, ni libérer le tiers débiteur au détriment du créancier. En outre, comme il s'agit d'une cession *pignoris causa* dans le *pignus nominis*, le créancier devait se hâter de dénoncer la convention au tiers débiteur. La *denontiatio*, on le voit, équivalait à la prise de possession d'un objet corporel; elle opère en quelque sorte comme une saisie-arrêt entre les mains du tiers-débiteur; elle n'était pas un élément constitutif du contrat de gage, c'était un droit conféré au créancier pour sauvegarder ses droits sur la créance engagée. Grâce à cette formalité, il n'aura plus à craindre une extinction de la créance du fait du tiers débiteur et celui-ci, de son côté, pourra du jour où la *denontiatio*, aura été accomplie, repousser toute demande de paiement émanant du créancier originaire.

En droit français, d'après les articles 2075 et 2076 du Code civil, qui sont le siège de la matière, le créancier gagiste aura un privilège sur la créance engagée sous les conditions suivantes : 1° il faut que la convention de gage soit faite par un acte écrit, public ou sous seing privé, dûment enregistré, c'est-à-dire qui ait date certaine; 2° que cet acte écrit soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage et 3° la créance, respectivement le titre qui constate son existence, doit être mise et rester en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. En effet, en ce qui concerne les parties contractantes, le seul effet du consentement suffit pour que le contrat de gage soit valable, mais quant aux tiers, pour que ce contrat puisse leur être opposable, pour que le créancier-gagiste puisse se prévaloir du privilège sur la créance à lui donnée en gage, le Code civil exige les conditions suivantes : un acte écrit, l'enregistrement, la signification de l'acte écrit, enfin la mise en possession. Comme on le voit, relativement aux conditions du contrat de gage des créances, le droit romain est plus libéral ou plutôt moins prévoyant que le droit français, qui, lui, exige un écrit, non seulement comme moyen de preuve, mais encore comme *formalité substantielle*, à l'égard des tiers. Par cette formalité, le Code civil a voulu empêcher qu'un débiteur de mauvaise foi ne simule un gage, pour soustraire ainsi des biens à la poursuite de ses créanciers, l'empêcher de substituer un gage à un autre ou enfin qu'au moyen d'une antidate, il ne constitue, alors, qu'il est en état d'insolvabilité des gages au profit de certains

créanciers au détriment des autres. Donc, l'intention de la loi a été de prévenir la fraude. C'est une autre question que celle de savoir si l'acte écrit du contrat de gage atteint les buts du législateur. Il y a des auteurs qui trouvent inutile cette exigence du Code civil (par exemple, c'est M. Avril en France et M. Vivanté en Italie) d'autant plus qu'il y a des législations modernes, comme celle d'Allemagne, où la loi n'exige pas l'acte écrit, pour que le créancier-gagiste puisse opposer son droit de gage aux tiers. En effet, d'après le Code civil allemand, le gage sur un droit se constitue conformément aux prescriptions concernant le transport des droits (art. 1274, al. I); comme exception à ce principe, l'art. 1280 prescrit que pour constituer en gage une créance, dont le contrat de cession suffit à opérer le transport (*der Abtretungswertrag*) et qui, d'après l'art. 398 de la même loi, est un contrat sans aucune forme déterminée, n'est pas un contrat solennel — dans ce cas de gage d'une créance, il faut que le créancier notifie la mise en gage au débiteur. En ce qui concerne le droit Suisse, la situation relative à l'acte écrit est contraire à celle du droit allemand. L'engagement des créances qui ne sont pas constatées par un titre ou ne résultent que d'une reconnaissance de dette, a lieu par écrit et en outre, dans le dernier cas, par la remise du titre. « L'engagement des autres droits s'opère par écrit, en observant les formes établies pour leur transfert » (art. 900 du Code Civil Suisse). Il s'ensuit que le contrat de gage de créances, en droit suisse, doit revêtir la forme écrite; cette dernière, comme dit M. le Prof. Leeman (p. 1141 du Commentaire de Cmür, tome IV) aussi comme en matière de cession de créances est prescrite même pour le gage des créances, non pas pour la protection des parties contractantes contre leur irréflexion (*Ubereilung*), mais pour la protection de l'affaire (l'opération, — *Schutz der Verkehrssicherheit*) elle-même, c'est-à-dire (allons-nous ajouter) pour la protection des tiers, — c'est le même but qu'en droit français et en droit italien.

La seconde formalité prescrite par le Code Civil français (art. 2075) pour que le privilège résultant du contrat de gage puisse être exercé est que l'acte de gage soit signifié au débiteur de la créance engagée. Le droit romain parle aussi de la *denuntiatio*, analogue à la signification exigée aujourd'hui par l'art. 2075 du Code civil. Mais ce qui constitue une différence entre les deux législations,

c'est qu'en droit romain la *denuntiatio* était une pure faculté pour le créancier gagiste comme pour le cessionnaire, une simple mesure conservatoire qu'il avait, sans doute, intérêt à accomplir, pour constituer éventuellement le débiteur, de mauvaise foi, afin que son gage ne vienne pas à s'évanouir, à la suite d'un paiement effectué de bonne foi par le débiteur de la créance engagée, entre les mains du constituant, ou à la suite d'une *acceptatio* faite par ce dernier. Donc, la *denuntiatio* n'était pas, comme aujourd'hui, une condition d'efficacité du gage à l'égard des tiers, et de là, il résulte cette conséquence qu'en droit romain, lorsque la créance était donnée en gage à plusieurs créanciers, l'ordre de préférence se déterminait d'après les dates des différentes conventions passées avec le constituant et non d'après celles des différentes *denuntiationes* (Dernburg, Pfandrecht, t. I, p. 462). Actuellement, dans le droit français, c'est le contraire qu'il faudrait décider. La signification du Code civil a, d'autre part, un double but : d'abord, elle est établie dans l'intérêt du créancier-gagiste lui-même, pour empêcher que la sûreté constituée à son profit, ne vienne à s'évanouir par le fait du débiteur de la créance engagée, qui n'étant pas informé de la constitution de gage, dont la créance a été l'objet, paierait valablement entre les mains de son créancier, au détriment du gagiste; en second lieu, la signification fonctionne comme mesure de publicité pour porter à la connaissance des tiers le contrat convenu. Relativement à la signification, comme formalité en matière de gage sur créances, le droit allemand fait une distinction importante : d'après l'art. 1280 du Code civil allemand, la signification est une formalité constitutive du contrat de gage sur créances. Nous avons dit, dans l'introduction comparative, dans la première partie de notre travail, que d'après le Code civil allemand (resp. les art. 398, 407 et 408) lorsqu'il s'agit d'une cession de créances, la simple convention suffit; la signification n'est pas prescrite légalement, comme par le Code civil français, de sorte que le débiteur cédé peut payer valablement à son ancien créancier, à moins qu'il n'ait connu la cession au moment du paiement, ce qui fait, comme nous l'avons dit, que tout se ramène à une question de fait et il en résultera des procès inévitables. Au contraire, lorsqu'il s'agit du gage d'une créance à personne dénommée, l'art. 1280 décide que le gage n'est efficace que si le *créancier gagiste* (il faut

le souligner en droit français, comme le créancier gagiste, le constituant, peut aussi opérer la signification au tiers débiteur, ici seul le gagiste) signifie la mise en gage au débiteur de la créance engagée. Il est difficile d'expliquer quelle peut être la raison de cette différence entre le cas de cession et celui de gage d'une créance, étant donné que dans les deux cas, l'intérêt des tiers que la signification a pour but de sauvegarder, est le même.

En droit Suisse, d'après le Code des Obligations de 1883 la situation était comme actuellement en Allemagne; la signification au tiers débiteur était considérée comme une formalité constitutive en matière de gage sur créance. Ainsi l'art. 215 s'exprimait de la manière suivante « le gage qui a pour objet une créance (autre que les titres au porteur, effets de change ou autres titres transmissibles par endossement) est constitué seulement lorsque le débiteur en a été avisé, que le titre de la créance, s'il en existe un, a été remis au créancier gagiste et que l'engagement a été constaté par écrit ». Mais le nouveau Code Suisse de 1912, contrairement à cette solution, prescrit que « le créancier et le constituant peuvent donner avis de l'engagement au tiers débiteur » (art. 900, al. II). Par conséquent, la signification n'est plus une formalité constitutive de l'engagement. L'omission de l'avis (de la signification) a simplement pour effet que le tiers débiteur se libère en payant au constituant (Dr C. Wieland : Les droits réels dans le Code civil suisse, traduction française par M. Bovay, tome II, p. 348). Il suffit de même que le tiers débiteur ait eu connaissance de l'engagement, d'une manière quelconque. Le constituant, aussi bien que le créancier gagiste ou leur représentant ont qualité pour aviser le tiers débiteur (comme aussi en droit français).

Enfin, le Code civil français exige, pour que le contrat soit parfait, la mise en possession de créancier gagiste. Tandis qu'en droit romain le *pignus nominis*, en tant que gage, se réalisait par la remise de la *cautio*, l'article 2076 du Code civil, qui est applicable aussi au gage des créances, dit : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ». Un contrat de gage ne peut être formé ou continuer d'exister que par le dessaisissement du constituant; peu importe la nature corporelle ou incorporelle de l'objet donné en gage; peu

importe que la garantie s'applique à un droit de créance ou à un droit réel; dans tous les cas, dit l'art. 2076, le gage doit être mis et rester en possession du créancier gagiste, ou d'un tiers convenu entre les parties, sinon le privilège ne prend pas naissance ou est anéanti et le gage est dépourvu de ses effets; c'est une formalité essentielle à la validité du gage *inter partes* et à l'égard des tiers; entre les parties contractantes, c'est une condition du nantissement à l'accomplissement de laquelle le débiteur ne peut se soustraire; vis-à-vis des tiers, la mise en possession constitue une mesure de publicité dont l'omission rend le contrat de gage inopposable aux tiers; elle s'opère par la remise du titre qui constate la créance. D'où la conséquence que les créances non constatées par écrit ne peuvent pas faire l'objet du gage, à raison de l'impossibilité de satisfaire à cette condition. A cet égard, nous constatons aussi une différence remarquable entre le Code civil français et le Code allemand : l'art. 1280 de ce dernier n'exige pas du tout la remise du titre, la signification suffit. Le droit suisse, dans l'art. 900 du Code de 1907 tient une place médiocre; la constitution du gage n'est parfaite que par le transfert du titre, lorsque la dette est constituée par un titre. Dans le cas contraire, la forme écrite du contrat de constitution suffit. Le transfert du titre a pour but, dans le Code civil Suisse, d'empêcher le constituant de disposer de la créance de son propre chef; la remise du titre, s'il en existe, est une condition essentielle de l'engagement. Néanmoins, comme on le voit, on peut donner en gage, même une créance qui n'est pas constatée par un titre, tandis qu'en droit français, cela ne se peut pas.

Voilà comment est posée la question du gage sur créance à Rome, en France, en Italie, en Allemagne et en Suisse; nous ferons l'examen comparatif des effets du contrat de gage au cours de notre travail.

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique du contrat de gage sur créances.

La question de la nature juridique du contrat de gage sur créances a été l'objet de longues interprétations, vivement discutées parmi les jurisconsultes, surtout à la fin du XIX^e et au commencement du XX^e siècles. Les nouvelles législations en Europe (Allemagne, Suisse) ont donné à cette institution, une construction large. Néanmoins, les discussions sur la nature juridique du contrat de gage sur créances, ne s'éteignent pas : dans ces pays, cette institution est encore l'objet de nouvelles recherches, parce qu'il n'est pas de la compétence du législateur de trancher les difficultés théoriques; c'est toujours à la doctrine qu'incombe ce soin.

Le Code des Obligations fait une place bien restreinte au gage sur créances comme l'avaient fait ses sources — le Code Italien et le Code civil Français. Ce silence du législateur à cet égard s'explique parce que l'usage de tirer un crédit sur créances, c'est-à-dire la mise en gage des créances ne s'établit qu'après la rédaction du Code des Obligations. Et voilà cette situation fâcheuse, résultat du retard des institutions sur les faits qu'elles ont à régir, elle nécessite l'interprétation par la doctrine et la jurisprudence. Ce sont surtout les auteurs allemands qui s'occupent de cette question, à savoir la nature juridique du contrat de la mise en gage des créances. Aussi sont-ils les fondateurs des théories émises à propos de cette matière.

Bien entendu, dans notre ouvrage, nous ne pouvons pas faire un examen approfondi des différentes théories sur cette matière. Néanmoins, nous trouvons utile de dire quelque chose, sur ce point, en faisant une courte explication, en vue de faciliter notre examen, des textes du Code des Obligations relatives à la mise en gage des créances.

a) *La théorie des droits sur les droits (Rechts an Rechts).*

Les adhérents de cette théorie, en vue d'expliquer la nature juridique du droit de gage sur créances, admettent que par la mise en gage de la créance, il s'établit au profit du créancier-gagiste un droit tout à fait particulier, avec un contenu qui n'existait point antérieurement au contrat de gage; un droit qui s'établit grâce à l'opération même de la mise en gage de la créance. Ce droit a pour objet le droit même du débiteur, constituant du gage, qui s'appelle aussi le droit de gage. Ceux qui soutiennent la dite théorie acceptent qu'outre les deux groupes de droits, à savoir *jus quod ad rem et quod ad personam*, il existe une autre catégorie de droits tout à fait particulière qui sont appelés *des droits sur des droits*. Si l'objet des droits réels sont les choses corporelles et pour les droits personnels — les personnes, resp. leurs patrimoines, l'objet des droits dans le troisième groupe, ce sont d'autres droits. De tels droits sur droits existent-ils vraiment ? Voilà la question vivement discutée.

Quoique l'expression droit sur droit, soit déjà employée dans le langage juridique, quoique la loi elle-même l'emploie quelquefois (art. 157 de la loi sur B. P. S., resp. 581 du Code civil français; art. 161 de la même loi, resp. art. 588 du C. civ. fr.) cela n'est pas encore une preuve décisive de la véritable existence du droit sur droit, comme institution juridique tout à fait particulière ainsi que le soutiennent certains auteurs.

Quelques auteurs, adhérents à cette théorie s'expliquent en soutenant que, dans sa nature, le droit du créancier-gagiste, le droit sur droit, est un droit réel (Julius v. Gierke, Sachenrecht), quoiqu'il ait pour objet une créance; les autres admettent que ce droit est personnel (Windcheid; Pandekten, § 48 a et § 121. Kretschmar : Theorie der Konfusion).

Nous ne croyons pas que le droit du créancier-gagiste soit un droit réel; d'après le système du droit romain, le droit du créancier-gagiste d'une créance n'est jamais un droit réel, car les jurisconsultes romains disent que *creditor non plus habere potest quam habet qui pignus debet*; comme on le sait, les créances, dans les droits romains, n'étaient pas des droits réels, elles ne le sont pas aujourd'hui non plus. C'est pourquoi ces auteurs soutiennent à

tort que le *pignus* dans le droit romain présente toujours un caractère réel. C'est la base de ces auteurs là, évidemment fausse. D'autre part, sans doute, ne sont des droits réels que ceux qui donnent à leur propriétaire un pouvoir direct sur l'objet qui a son efficacité *erga omnes*. Ce pouvoir ne peut s'établir sur un droit, qui n'existant que dans la pensée humaine, ne peut faire l'objet de rapports corporels. C'est un lien d'esprit, invisible comme dit Mausbach (Niessbrach ou Forderungen). Enfin les droits réels tiennent leur sûreté du fait qu'ils peuvent être exercés *erga omnes*; et si la créance n'a pas une existence matérielle, elle ne pourrait être poursuivie comme les choses corporelles, ni défendue contre les tiers.

Les auteurs qui prétendent que le droit sur droit est personnel, est un droit obligatoire, lorsque le droit qui est mis en gage est tel, n'ont plus raison. Ils voient le droit sur droit du créancier gagiste dans sa possibilité d'exercer un droit d'autrui à son profit. C'est une base impossible à soutenir que la volonté de celui qui a un droit dont l'objet est un autre droit tout à fait différent, a une autorité déterminante sur la volonté de l'autre personne dans ses rapports avec ce droit.

Les partisans de cette théorie du droit sur droit ne peuvent donner une réponse satisfaisante au sujet de la situation suivante : d'après la règle générale, le droit s'éteint lorsque son objet vient à périr (cesse d'exister). Par conséquent, si le droit du créancier gagiste est vraiment un nouveau droit, un droit particulier (droit sur droit) alors, ce droit devrait s'éteindre lorsque le droit subordonné vient à s'éteindre. Par exemple : le droit du créancier gagiste devrait s'éteindre dans le cas où il y a confusion entre le débiteur-constituant du gage et le débiteur de la créance engagée. Cependant, nous le savons bien, la confusion des personnes : le débiteur-constituant du gage et le débiteur de la créance engagée n'a jamais pour résultat l'extinction du droit du créancier gagiste. Voilà encore un défaut de la théorie du droit sur droit.

On voit par cette courte analyse que le « droit sur droit » comme le disent les partisans de cette théorie, ne peut être construit comme une conception juridique indépendante et il ne peut expliquer les rapports juridiques créés par le contrat de gage.

b) Théorie de la cession conditionnelle.

D'après l'auteur allemand Mühlenbruch (*Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte*) la mise en gage de créances n'est qu'une cession, faite sous une condition suspensive. Cette dernière consiste dans le non-paiement de la créance assurée. Jusqu'à la réalisation de la condition, le créancier gagiste n'a aucun droit sur la créance mise en gage (la créance engagée). D'autre part, le créancier gagiste, quoique cessionnaire après la réalisation de la condition suspensive (le non paiement) ne peut pas disposer à sa guise de la créance engagée; il ne garde de droits qu'autant qu'il lui en faut pour sa satisfaction (jusqu'à la proportion de son droit). Le créancier gagiste ne peut pas remettre volontairement le titre de la créance engagée au débiteur de cette créance (c'est-à-dire faire la remise de dette) ni au cas d'une créance d'argent, retenir plus que le montant de la créance assurée. Voilà la théorie de la cession conditionnelle qui, comme on le voit, comporte aussi différents défauts.

Le but de toute sûreté réelle, comme aussi la mise en gage d'une créance est de procurer au créancier gagiste la garantie de sa créance personnelle. Si on admettait que la mise en gage de créance est une cession sous la condition suspensive du non-paiement de la créance assurée, alors dans cette situation, le créancier gagiste ne devrait avoir aucun droit avant la réalisation de la condition suspensive; jusqu'à ce moment-là, il ne pourrait avoir aucune garantie, aucun privilège. Cette conséquence de la théorie de la cession conditionnelle est évidemment fausse, parce que le créancier-gagiste, dès le moment où le contrat de mise en gage de la créance est parfait, reçoit une garantie réelle, un droit sur la créance engagée. Une manifestation de ce droit, de cette garantie consiste dans le droit du créancier-gagiste de signifier le contrat de gage au débiteur de la créance engagée. Cette signification a pour résultat que le débiteur de la créance engagée dès le moment de la signification ne pourrait faire un paiement libératoire qu'entre les mains du créancier-gagiste. Par conséquent, si le créancier-gagiste avait un droit conditionnel, sous une condition suspensive, comme disent les partisans de cette théorie, alors comment le créancier gagiste pourrait-il avoir ce droit (à savoir de recevoir

seul un paiement libératoire du débiteur de la créance engagée) ? Conformément au but du nantissement en général, le créancier doit recevoir un droit de gage, susceptible de donner une garantie réelle, un droit de gage qu'on peut exercer immédiatement sans aucune condition suspensive. Dans le cas contraire, le privilège qui résulte du contrat de gage n'aurait aucune raison d'être dans la réalité.

D'autre part, la théorie de la cession conditionnelle ne peut expliquer le cas où un débiteur a constitué plusieurs fois en gage la même créance à des créanciers différents. Dans ces cas, tous les créanciers-gagistes devraient avoir chacun leur droit de gage conditionnel; alors, si un créancier postérieur avait reçu un droit parfait, cela dépend aussi de l'éventualité dans laquelle le premier créancier-gagiste doit avoir son droit déjà parfait. C'est-à-dire pour le créancier-gagiste postérieur, il y a deux conditions : une condition pour son « droit sur droit » (« cession conditionnelle ») et l'autre, la condition pour le droit du créancier-gagiste antérieur. Aussi, dans le cas où la condition du premier créancier se réalise (c'est-à-dire il arrive que la créance n'est pas payée), la cession conditionnelle de ce dernier deviendrait une cession complète au profit de lui-même (le premier créancier-gagiste) c'est pourquoi les droits de gage de la même créance, postérieurement constituée, seront considérés comme non existants. Bref, c'est le premier créancier-gagiste qui seul aurait un véritable privilège sur la créance engagée.

c) *Théorie de la cession restreinte.*

C'est un auteur allemand, Dernburg (Pfandrecht, t. I) qui est le fondateur de cette théorie, d'après laquelle la mise en gage d'une créance, dans sa nature juridique, se présente comme un *spesies* de la cession de créances : c'est une cession restreinte. Ce n'est pas à dire que la créance engagée est « cédée partiellement », la restriction de la cession ne consiste pas dans le transfert d'une partie de la créance engagée, mais dans le fait que le débiteur transfère au créancier « la réalisation » (die geltendmachung) et l'exercice (l'utilisation, dit Ausuburg) de la créance donnée en gage et détient pour lui-même la propriété de la même créance, sans qu'il puisse en disposer librement (sans gêne). Et tout cela

autant qu'il est nécessaire pour les buts du privilège, constitué par la mise en gage de la créance. Par conséquent, les pouvoirs, les droits du cessionnaire, sont restreints d'après le but du gage, de façon qu'avec l'extinction de la créance assurée, ils s'éteignent aussi. Après la conclusion du contrat de gage, le créancier-gagiste a le droit de le signifier au débiteur de la créance engagée. Mais il ne peut pas recevoir de ce dernier un paiement libératoire jusqu'au moment où la créance assurée devient exigible; dans ce cas-là (après l'exigibilité de la créance et après sa perception), le créancier-gagiste acquiert son droit réel sur la prestation et le débiteur, la propriété sur les mêmes objets (la même prestation).

Cette théorie ne peut nous expliquer pourquoi dans le cas où le droit du créancier-gagiste s'éteint (de n'importe quelle manière) le droit du débiteur constituant reprend son contenu complet. Une « cession restreinte » n'est autre chose qu'une transmission de la créance (quoique restreinte) sur une autre personne. Dans ce cas, d'après la règle générale, le droit qui est l'objet de cette transmission se détache du patrimoine du cédant, pour entrer dans le patrimoine du cessionnaire, de telle sorte que le cessionnaire acquiert des droits (ou, dans notre cas, les droits partiels) que le cédant ne pourrait acquérir de nouveau, que par un autre, un nouveau contrat. Mais on le sait, dans tels cas, quand le droit du créancier-gagiste s'éteint, il n'est nécessaire d'aucun contrat pour renvoyer (faire revenir) ces droits au cédant; par l'extinction même de la créance assurée, le débiteur constituant réacquiert complètement la créance engagée, comme si le gage était non avenu.

Dans les premières années du XX^e siècle, M. Alfred Thol a soutenu la même théorie dans son ouvrage : *Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen*, 1905.

Fahl fait une modification à la théorie de la cession restreinte, dans le sens qu'après la perception de la créance engagée, le créancier-gagiste n'acquiert son privilège sur les choses, objets de la dite créance, que dans le cas où la créance porte sur des choses corporelles; si, au contraire, la créance engagée porte sur de l'argent, le créancier-gagiste n'acquiert aucun droit de gage sur la prestation. En effet, il est bien difficile d'expliquer en quoi consiste un gage sur de l'argent : au lieu de la donner en gage, le débiteur pourrait s'acquitter de sa dette entre les mains de son créancier.

Dans la doctrine française on pourrait citer M. P. Avril (Principe et caractère juridique de la constitution de gage sur les meubles incorporels, 1898) comme adhérent à la théorie de la cession restreinte. Il dit, en effet : « Dans le contrat de gage, l'analyse juridique retrouve l'équivalent d'une cession restreinte de l'aliénation fiduciaire transformée » (p. 2, l'ouvr. cité), quoiqu'il ne s'explique pas autrement.

d) *Théorie de Hellwig.*

La théorie de la cession restreinte est corrigée par M. Hellwig (Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Reichs civilprozess-Ordnung, Leipzig, 1883) qui fait la construction suivante : Dans la cession ordinaire, l'intention des parties contractantes, c'est, en premier lieu, que le cessionnaire reçoive le droit sur la créance de même contenu qu'elle avait eu dans la personne du cédant; en second lieu, que le droit sur la créance sort définitivement du patrimoine du cédant, qui, dorénavant, n'a aucun droit sur la créance cédée. Mais l'intention des parties contractantes, dit Hellwig peut être dirigée seulement vers la première conséquence, c'est-à-dire les parties pourraient convenir que le cessionnaire aura acquis le droit sur la créance sans l'extinction du droit du cédant; par conséquent dans ce cas, le cessionnaire et le cédant seraient en même temps deux créanciers solidaires sur une même créance. Et voilà, dit Hellwig, c'est justement le cas de la mise en gage de créances.

Le défaut de cette théorie est qu'elle considère les deux créanciers (le créancier gagiste et le débiteur constituant) comme deux créanciers solidaires. En cas de solidarité entre deux créanciers on le sait, si l'un d'eux est payé, le droit de l'autre créancier s'éteint aussi. Il y a une grande différence, comme on le voit, entre les deux situations du gage et de la solidarité active; dans le cas du gage, ce sont deux personnes (le créancier-gagiste et le débiteur constituant) qui ont simultanément des droits comme deux créanciers sur la même créance; au contraire, en cas de solidarité, chaque créancier solidaire a son droit propre avec cette particularité que le destin du droit de l'un influence le droit de l'autre créancier solidaire. Dès lors on ne pourrait soutenir avec raison.

qu'il existe une solidarité active entre le créancier gagiste et le débiteur constituant.

e) *Théorie de la succession constitutive.*

Cette théorie, au fond, repose sur la base suivante : le droit du créancier-gagiste est un droit avec un nouveau contenu matériel, qui n'existait pas jusqu'alors et qui, après la constitution du gage existe simultanément avec le droit de créance du constituant; ce dernier conserve son droit tout entier, invariable. Parmi les partisans de cette théorie, on peut mentionner Kohler, Ortmann, Mansbach, Hanausen, Horn et And. v. Fuhr. Nous sommes portés à admettre que la théorie de la succession constitutive est la seule théorie qui pourrait expliquer d'une manière satisfaisante les rapports différents en cas de mise en gage des créances.

En quoi consiste-t-elle ? Il y a, dans la science juridique, deux sortes de succession : translatrice et constitutive. Le transfert (la transmission) est complet lorsque le droit dans sa composition intégrale (dans son contenu total) passe au profit d'une nouvelle personne, de telle sorte que l'aliénateur (le vendeur) perde définitivement son droit sur la chose transmise (son droit sur la chose s'éteint). Les personnes, les propriétaires du droit, objet du transfert, changent; mais le droit même reste invariable dans son contenu et sa forme. L'accipiens acquiert le même droit qu'avait l'aliénateur, le précédent titulaire.

Il en est tout autrement en cas de transfert constitutif. Il est possible que le constituant ne donne à l'acquéreur (l'accipiens) qu'une part des pouvoirs que comporte son droit fondamental, des pouvoirs qui sont nécessaires en vue de réaliser le but poursuivi, de telle sorte que le droit du constituant (*auctor*) reste invariable, sans aucune modification, ni dans son contenu, ni dans sa forme. Dans ce cas, il y a aussi une véritable transmission de droits; l'acquéreur reçoit un droit différent de celui qu'avait le constituant (l'aliénateur); son droit est le même quant à sa forme, mais il est différent quant à son contenu, en rapport avec le droit du constituant (*auctor*). Le contenu du droit nouvellement créé (*Tochterrecht*) est le plus souvent composé de pouvoirs différents qui se renferment dans le contenu du droit fondamental (*Mutterrecht*). La

différence entre les deux droits consiste dans le fait que le droit nouvellement créé, comme dérivant du droit fondamental, a un contenu moindre que ce dernier.

Il faut bien distinguer : la cession constitutive et le pouvoir juridique d'exercer à son profit un droit d'autrui. L'acquéreur constitutif n'exerce pas le droit d'autrui; il exerce un droit qui lui est propre; néanmoins, ce dernier est un peu différent du droit de l'aliénateur (du constituant) avec lequel il se confond partiellement.

Au constituant, reste tout le droit complet; néanmoins, le droit constitué, autant que son contenu, peut se confondre avec le droit fondamental, profite avec priorité à l'égard du droit fondamental et, dans cette mesure, il (le droit constitué) retarde son développement complet (le développement du droit fondamental).

En notre matière, de la mise en gage de créances, la théorie de la succession constitutive nous donne les rapports suivants : le droit de l'*auctor*, de celui qui crée le nouveau droit, c'est la créance du débiteur constituant; le droit nouvellement créé (le droit constitué) c'est le droit de gage du créancier-gagiste. Le droit du débiteur constituant existe complètement, malgré la constitution d'un droit nouveau au profit du créancier-gagiste, mais avec cette particularité que le droit du débiteur-constituant est restreint dans son contenu, du droit nouvellement créé (le droit du créancier-gagiste) qui est plus fort quant à ses réactions; quant à leurs formes, les deux droits sont égaux, mais leurs contenus sont différents. Le droit du créancier-gagiste est moindre dans son contenu que le droit du débiteur-constituant. Malgré la succession, les droits du débiteur-constituant ne subissent aucune atteinte, ils n'ont aucun vide; aussi il n'est pas besoin d'une nouvelle acquisition en vue de les compléter. Voici pourquoi quand le droit de gage du créancier-gagiste s'éteint, toutes les restrictions à la créance engagée tombent aussi elles-mêmes et le droit du débiteur sur ladite créance reprend son contenu comme avant sa mise en gage.

Dès lors, nous pouvons déduire que le droit de gage sur créance est aussi un droit sur créance, pareil à ce dont il dérive, mais restreint ou modifié d'après les buts du gage (Mansbach, op. cit.).

Voilà les théories les plus remarquables sur la nature juridique du gage sur créance. On pourrait les classer en deux groupes : l'un, la théorie du droit sur droit, l'autre, toutes les au-

tres : la théorie de la cession conditionnelle, celle de la cession restreinte, la théorie du Helwig et la théorie de la succession constitutive. Les théories du second groupe sont les théories « cessionnaires ». Tandis que d'après la théorie du droit sur droit, le droit du créancier-gagiste est un nouveau droit indépendant, avec un contenu jusqu'alors inexistant, les théories cessionnaires, comme nous l'avons vu, restent sur le fondement que dans le gage sur créance s'opère une transmission de droits, que le créancier-gagiste reçoit le droit de gage par acquisition qui peut être translatif ou constitutive (resp. la succession constitutive).

Les théories cessionnaires ont pour but d'expliquer *jus exigendi* (le droit du créancier-gagiste de faire valoir la créance du tiers débiteur), tant indiscutablement reconnu dans le droit romain et vivement discuté dans le droit allemand, dont nous allons parler plus loin. Les auteurs français, presque unanimement, n'admettent pas le *jus exigendi* du créancier-gagiste. Voici pourquoi, en France, la question de la nature juridique du gage sur créance n'a pas donné lieu à une étude aussi approfondie qu'en Allemagne (surtout avant le droit positif actuel en Allemagne).

Sans doute, les théories sur la nature juridique du gage sur créance auraient pu avoir une importance pour notre droit positif, où le *jus exigendi* du créancier-gagiste est censé discutable (sauf l'art. 961 du Code de la Procédure civile). A cet égard, comme nous l'avons déjà dit, c'est la théorie de la cession constitutive qui est la plus commode pour notre droit à plus forte raison que cette théorie est la seule parmi les autres théories cessionnaires qui ne suppose pas nécessairement le *jus exigendi*; c'est pour cela qu'elle est acceptée par les auteurs qui considèrent le gage sur créance comme un droit absolu ayant pour objet la créance (le droit de créance) du débiteur constituant (Dr C. Wieland, Les droits réels dans le Code civil Suisse, traduit par Henry Bovay, 1913, tome I, p. 593).

Nous trouvons que la théorie de la succession constitutive est indifférente à la question de la nature juridique du droit de gage sur créance. Néanmoins, c'est tout autre chose que de savoir si, en général, la conception de la succession constitutive est applicable aux droits de créances. En cas de réponse négative, alors, il ne reste plus qu'à se rallier à la théorie du droit sur droit, que le droit de gage sur créance est un droit sur droit.

CHAPITRE II.

Formalités constitutives du gage sur créances.

La créance proprement dite est le seul bien incorporel dont le Code des Obligations prévoit nommément la mise en gage.

Aucune formalité n'est requise pour la validité du gage entre les parties contractantes. (Baudry-Lacantinerie et Loyenes : Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, t. I, n. 38; Aubry et Rau, t. IV, p. 700, § 432, 4^e éd.; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. XII, i. u. 80; *Contra* : Silianowsky..., p. 71 et ss.). Néanmoins, cela ne veut pas dire que le contrat de gage se forme par le seul accord des volontés entre les parties contractantes; il a toujours été considéré, depuis le droit romain, comme un contrat réel. Il ne produit donc ses effets que par la *remise de la chose* au créancier ou à un tiers convenu (art. 620). (Colin et Capitant, t. II, p. 757). Le gage sur créance, quant aux parties contractantes, établit les mêmes rapports qu'en matière de cession de créances : c'est un contrat concessionnel; sa formation exige tout d'abord l'existence d'une obligation à garantir, quelle qu'elle soit; l'obligation à garantir peut être même future ou simplement éventuelle (Baudry-Lacantinerie et de Loyenes, t. I, n. 10; Planiol et Ripert, t. XII, § 75; Allemagne, art. 1204 du C. civ.).

La créance engagée doit comporter une prestation matérielle; elle doit être cessible; sa provenance n'a aucune importance; on pourrait gager des créances futures qui peuvent être suffisamment déterminées au moment de leur mise en gage; peuvent être engagées aussi les créances conditionnelles, des créances civiles et naturelles (Silianowsky, Mévorach et Lidji).

Peut-on recevoir en gage ses propres dettes ? Ou autrement dit : un débiteur qui a une créance contre son créancier, peut-il

donner en gage cette créance au profit du créancier qui figure comme débiteur dans la créance engagée ? Un exemple : une société d'assurances, qui ouvre un crédit à son client l'assuré, sur la garantie de la police d'assurances que le débiteur (le client de la société, l'assuré) donne en gage à celle-ci, cas bien fréquent dans la vie actuelle. Cette opération de crédit, basée sur la police d'assurance, émanant de la même société, créatrice de la dite police, est-elle valable ?

Notre droit positif, pas plus que sa première source, le droit romain, ne fournit aucune règle pour cette opération. Ce défaut, cette circonstance, ne saurait nous empêcher d'examiner la question ainsi posée. Nous ne pouvons trouver des motifs assez décisifs pour refuser d'admettre en principe de la mise en gage des propres dettes du créancier-gagiste — *pignus debiti*.

En général, on fait l'exception cependant pour l'acceptation du *pignus debiti*, en raison de ce que le résultat poursuivi par les parties contractantes pourrait être plus facilement obtenu par la compensation qui (comme disent les adversaires) doit se produire toujours. Il en résulterait qu'il n'y aurait aucune place pour le *pignus debiti*. Cette exception n'est pas difficile à rejeter par les considérations suivantes :

Pour que la compensation puisse se produire, deux conditions sont nécessaires : a) réciprocité des créances; mais selon les principes généraux, un créancier pourrait aussi, pour assurer la dette d'une tierce personne, donner en gage sa propre créance envers le créancier (débiteur de ladite créance). Par conséquent, dans ce cas, la compensation ne pourrait pas se produire, parce que la réciprocité des créances fait défaut; la personne qui constitue le gage est une tierce personne à l'égard des parties : le créancier-gagiste et son débiteur dont la dette est assurée; b) les créances doivent être homogènes, c'est-à-dire que la créance engagée et la créance garantie (vue du côté du débiteur — c'est une dette assurée) doivent avoir pour objet de l'argent ou une quantité des choses fongibles. Pour le *pignus debiti*, cette condition n'est pas requise; le débiteur pourrait assurer la créance de son créancier, en lui donnant une créance qu'il avait contre lui, quoique les deux créances n'aient pas un objet homogène. Voilà les arguments que nous croyons assez décisifs pour faire accepter *pignus debiti*.

Quoique dans certains cas, la compensation aurait pu se produire, ce n'est pas un motif suffisant pour renoncer en principe au *pignus debiti* qui est bien employé dans la pratique.

Ce sont, en résumé, les conditions générales pour la perfection du contrat de gage sur créances entre les parties contractantes. Afin d'en finir sur cette question, il faut dire quelques mots sur la capacité des parties; le débiteur constituant doit être propriétaire de la créance engagée en vue de pouvoir l'aliéner. Néanmoins, ici il y a transfert de possession et non de propriété, et par rapport à l'art. 35 de la loi sur la prescription, le défaut de propriété du débiteur constituant (ou du tiers-constituant) si le gage était constitué par un tiers, n'entraînerait pas la nullité du contrat s'il y avait eu prise de possession de bonne foi (Planiol et Ripert, t. XII, n. 76).

Donc, le seul fait du consentement des parties contractantes rend parfait le contrat de gage *inter partes*. Mais pour que le contrat de gage soit opposable aux tiers, pour que le créancier-gagiste reçoive son droit réel de privilège sur la créance engagée, l'art. 619 du Code des Obligations exige deux conditions particulières, à savoir : un acte écrit, notarié ou sous seing privé dûment enregistré et une signification faite au débiteur de la créance donnée en gage. Il ne s'agit pas d'éléments nécessaires à la perfection du contrat, mais de formalités établies par la loi pour porter à la connaissance des tiers, le contrat de gage et le privilège qui en résulte. Il s'agit donc de mesures de publicité, dont la sanction consiste en ce que les personnes dans l'intérêt desquelles ces formalités sont établies, sont fondées à méconnaître les effets du contrat de gage si elles y ont intérêt.

Nous allons examiner les deux formalités requises par l'article 619 du Code des Obligations.

a) *Première formalité : Acte écrit.*

« Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège » dit l'art. 617 du Code des Obligations et l'art. 618 ajoute : « le privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte notarié dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que la déclaration de l'espèce et de la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs

qualité, poids et mesure. — La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 500 leva ».

D'autre part, l'art. 619 portant plus spécialement sur la mise en gage de créances, est ainsi conçu : « Le privilège sur créances, données en gage, ne s'établira que lorsque le gage est constitué par un acte notarié ou sous seing privé, aussi enregistré et lorsque le débiteur de la créance, donnée en gage, en a reçu signification ».

Des textes ci-dessus, il résulte qu'en premier lieu, la condition de forme prescrite par la loi pour la constitution du gage sur créances, c'est, aux termes de l'art. 619, la rédaction d'un acte notarié, ou sous seing privé, enregistré. La constatation de la convention de gage par un écrit de cette nature est nécessaire pour que le privilège né du contrat soit opposable aux tiers. Cette formalité, comme celle de la signification au débiteur, est spéciale en matière de gage civil. Les articles 316 et suivants du Code de Commerce dispensent les parties de ces formalités, ainsi le gage commercial n'en sera pas moins opposable aux tiers, quoiqu'il ne soit pas constaté par acte écrit (notarié ou sous seing privé, dûment enregistré) quoiqu'il ne soit pas signifié au débiteur de la créance engagé.

La loi exige un acte notarié ou sous seing privé dûment enregistré. A cet égard, notre loi s'est écartée de sa source, le Code civil Italien qui suit le Code civil Français. Ainsi l'art. 2075 du Code civil Français exige « Un acte *Public* et non pas un acte « notarié ». A ce point, la différence est considérable : tandis qu'en France, tout acte dressé par un fonctionnaire agissant dans le cercle de ses attributions est un acte public, dès lors, si les parties peuvent y consigner des conventions privées, le contrat de gage y sera valablement constaté au regard des tiers, il en est autrement chez nous : le contrat de gage, sur créances, pour qu'il soit opposable vis-à-vis des tiers, doit être nécessairement constaté par un acte notarié, ou (comme aussi en France) par un acte sous seing privé dûment enregistré, c'est-à-dire c'est le notaire qui, seul, pourrait dresser un acte notarié de gage sur créances; c'est aussi lui seul qui pourrait enregistrer un acte de gage sous seing privé. Nous croyons que le législateur bulgare s'est écarté expressément des Codes Italien et Français en vue d'éviter les controverses possibles.

Les parties peuvent se contenter d'un acte sous seing privé, mais la loi exige alors, qu'il ait été enregistré; il n'est soumis à aucune formalité; l'acte sous seing privé, c'est-à-dire la convention des parties, peut être insérée dans un autre contrat entre les mêmes parties, il n'est pas nécessaire de la rédaction d'un acte *ad hoc*. Que veut dire le terme « enregistré » ? Cette prescription est-elle de rigueur ou suffit-il que l'acte ait acquis « date certaine » soit par l'enregistrement, soit par l'un des autres modes juridiques par l'art. 392 du Code de Procédure civile ? La rédaction d'un écrit est une condition essentielle, requise par la loi pour l'opposabilité du privilège. Ce n'est pas ici une simple question de preuve. L'existence de la convention pourrait être établie de façon indiscutable; d'autre part, un accord frauduleux entre les deux parties pourrait causer des pertes aux tiers; s'il n'est pas produit un acte écrit qui constate la convention de gage et si cet écrit ne réunit pas les conditions exigées par la loi, le créancier-gagiste ne pourra pas prétendre être payé par préférence. La preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit, l'aveu, le serment, sont bien des modes de preuves et pourraient servir à établir la convention, mais ils seraient impuissants à assurer l'exercice du privilège (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 48; Colin et Capitant, t. II, p. 760; Planiol et Ripert, t. XII, n. 80; Prof. Dr. Fadinchecht, pp. 77, 78).

Il s'agit donc d'un mode de preuve « contre les tiers » et d'une condition « d'existence du privilège »; à défaut d'écrit réunissant les conditions légales, le créancier ne peut pas opposer son droit de préférence aux autres créanciers du même débiteur (Planiol et Ripert, t. VII, n. 80; Cass. 82 (362) 921, II, Cantardjeff, p. 193).

L'exigence de l'acte écrit a donc sa véritable raison en vue d'empêcher qu'un débiteur de mauvaise foi ne simule un gage de connivence avec un ami complaisant pour soustraire ainsi les biens à la poursuite de ses créanciers, ou bien pour empêcher de substituer un gage à un autre, ou enfin qu'au moyen d'une antidate, il ne constitue, alors qu'il est en état d'insolvabilité, des gages au profit de certains créanciers au détriment des autres; donc l'intention de la loi a été de prévenir la fraude.

Pour répondre complètement à ce but, la formalité de l'acte

écrit, si complète par celle de la date certaine qui empêche les antedates. Voilà pourquoi l'art. 619 parle d'un acte notarié ou sous seing privé « enregistré ». L'enregistrement empêche les antedates et donne date certaine à la convention du gage. Or, il en est de même des autres circonstances prévues dans l'art. 392; elles doivent donc produire les mêmes effets et rendre le privilège du créancier-gagiste opposable aux tiers (Pont : Petits contrats, t. II, 1091; Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 45; Colin et Capitant, t. II, p. 760; *Contra* : Laurent, t. XXVIII, n. 451; Aubry et Rau, t. IV, § 432, n. 7, 4^e éd.; Planiol et Ripert, t. XII, n. 83). Chez nous, la même opinion est soutenue par MM. Mévorach, Lidji et L. Farchi, Commentaire, p. 432, sous l'art. 618. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'on pourrait faire une large interprétation sur le contenu et les cas prévus par l'art. 392. Il faut reconnaître que les seules circonstances dont il y ait lieu de tenir compte sont celles qui figurent dans l'art. 392 du Code de Procédure civile et que ce texte doit être interprété restrictivement.

Du rapprochement des articles 618 et 619, tous les auteurs (Laurent, t. XXVIII, 454; Aubry et Rau, t. IV, 4^e éd., § 432; Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 43; Colin et Capitant, t. II, p. 760; Planiol et Ripert, t. XII, n. 82; Silianowsky, p. 57) sont d'accord pour conclure que l'art. 619 ne reproduit pas l'exception admise par l'art. 618, al. II, relative aux contrats de gage, dont la matière n'excède pas 500 leva; par conséquent, dans le cas de gage constitué sur des meubles incorporels, spécialement sur des créances, il faudrait un acte écrit, notarié, ou ayant acquis date certaine, quel que fût le chiffre de la créance assurée, même en matière n'excédant pas 500 leva.

Entre les dits articles, il y a encore une différence des textes : l'art. 619 ne répète pas les termes de l'art. 618 relatifs aux éléments essentiels de l'article écrit et cette lacune de l'art. 619 a donné lieu à des discussions parmi les auteurs bulgares, à savoir : si l'acte écrit en matière de gage sur créances, doit contenir également, comme en matière de gage sur des choses corporelles, l'indication du montant de la somme due, l'espèce et la nature des choses données en gage. Nous sommes portés à répondre affirmativement à cette question. (*Contra* : Mévorach, Commentaire, p. 438, sous l'art. 619). A vrai dire, ce n'est pas une lacune : l'art. 619 ne

porte que sur les conditions spéciales relatives à la matière de gage sur créance. Il ne donne pas une énumération complète de toutes les conditions requises à cet égard; le texte se contente de mentionner les conditions particulières qui différencient le gage sur créances. Quant aux autres formalités on doit appliquer les règles générales (art. 616 et suiv.). Sur ce point, tous les auteurs français sont d'accord. Chez nous, c'est M. Silianowsky (op. cit., p. 61) qui soutient cette opinion.

L'acte écrit doit donc contenir l'indication du montant de la somme due et la spécialisation de la créance donnée en gage; quoique la loi dise : le montant de « la somme due » cela ne signifie pas que l'acte écrit ne doive indiquer la prestation qu'au cas où elle consiste en une somme d'argent. Au contraire, toutes les créances, dont les prestations ne sont pas des sommes d'argent peuvent être assurées par la mise en gage d'une créance; néanmoins, il faut que les créances assurées puissent être converties en une prestation de somme d'argent. Il est nécessaire d'indiquer la somme due, afin d'empêcher que cette somme ne soit ultérieurement modifiée. Pour les créances indéterminées, l'évaluation n'est pas requise par la loi : on devrait se contenter de l'indication de la cause de la créance et de l'indétermination du montant (Planiol et Ripert, t. XII, n. 84, l. cit. Silianowsky, p. 63; *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Loynes, n. 52).

D'autre part, l'acte écrit doit contenir la désignation complète et précise de la créance donnée en gage, en vue de prévenir les fraudes, éviter la substitution à une créance de peu de valeur, d'une autre qui porte sur une somme considérable, que le débiteur soustrairait ainsi à l'action de ses créanciers. C'est pourquoi quoique l'art. 619 ne le dise pas expressément, nous trouvons nécessaire, lorsque le gage a pour objet une créance (ou d'autres choses incorporelles), que l'acte renferme toutes les indications pour l'individualiser, et pour prévenir toute fraude et toute erreur. La nécessité de signifier l'acte constitutif au débiteur de la créance engagée implique nécessairement cette solution.

b) *Seconde formalité. Signification.*

L'autre formalité prescrite par l'art. 619 du Code des Obligations, pour que le privilège résultant du contrat de gage puisse

être exercé, est que l'acte de gage soit signifié au débiteur de la créance engagée. Cette signification est exigible dans tous les cas, qu'il s'agisse ou non d'une matière excédant 500 leva (Colin-Capitant, t. II, p. 760). Le texte de l'art. 619 est absolu; il ne reproduit pas la distinction faite par l'art. 618.

Comme en matière de cession de créance, exactement de même, la signification prévue par l'art. 619 a un double but : d'abord, elle est établie dans l'intérêt du créancier-gagiste lui-même, pour empêcher que la sûreté constituée à son profit, ne vienne à s'évanouir par le fait du débiteur de la créance engagée, qui n'étant pas informé de la constitution de gage, dont la créance a été l'objet, paierait valablement entre les mains de son créancier, au détriment du gagiste. Le rôle de la signification est indiqué expressément pour la cession de créances dans l'article 317 du Code des Obligations.

En second lieu, la signification fonctionne comme mesure de publicité, pour porter à la connaissance des tiers le contrat intervenu. Le législateur suppose que les tiers avant de recevoir du créancier un droit sur la créance, iront s'informer auprès du débiteur et lui demanderont si la créance dont il s'agit n'a pas été déjà donnée en gage à un autre créancier. C'est dans ce but que le législateur centralise pour ainsi dire, chez le débiteur, tous les renseignements utiles à la négociation de la créance et il charge le débiteur de remplir les fonctions d'un conservateur des hypothèques. Tout à fait comme en matière de cession de créance, ce que nous avons dit dans notre première partie, à propos de la signification du débiteur cédé, a son application à l'égard de la signification au débiteur de la créance donnée en gage. La signification n'est pas un élément constitutif du gage, comme aussi l'acte écrit lui-même. Ce sont des formalités requises à l'égard des tiers et en vue d'exercer le privilège.

Ainsi, la loi ne prescrit aucun délai, pas plus pour la signification de l'acte de gage que pour son enregistrement; le créancier pourra donc le faire quand bon lui semblera, mais il a intérêt à le faire le plus tôt possible, car comme nous l'avons déjà dit, son privilège n'existe qu'à partir de la signification; en outre, celle-ci détermine l'ordre de préférence à établir entre le créancier-gagiste et les autres personnes qui ont pu ou pourront acquérir des droits sur la créance. Ainsi une même créance a été cédée à une per-

sonne et donnée en gage à une autre; on donnera la préférence à celui qui se sera mis le premier en règle, sauf application de l'art. 620, s'il y a lieu (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 58).

L'effet de la signification est donc d'établir désormais un lien entre le créancier-gagiste et le débiteur de la créance donnée en gage; le créancier-gagiste acquiert à l'égard des tiers son droit de gage sur la créance engagée. Par conséquent, les actes intervenus entre le débiteur et son propre créancier, ne sont opposables au gagiste qu'autant qu'ils auraient date certaine antérieure à la signification. La signification de l'acte constitutif produit des effets analogues à ceux d'une saisie-arrêt, mais avec cette différence capitale que le créancier jouit ici d'un privilège (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 58).

c) *Mise en possession.*

Indépendamment des conditions que nous venons de développer à savoir la rédaction d'un acte notarié ou sous seing privé ayant acquis date certaine, conditions exigibles pour que le créancier-gagiste puisse opposer son privilège sur la créance donnée en gage à l'égard des tiers, la loi, resp. l'art. 320, requiert une autre condition *inter partes*, pour la perfection du contrat de gage en général : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ».

C'est une condition nécessaire pour que le gage soit valablement constitué entre les parties contractantes, ainsi qu'à l'égard des tiers, pour que le créancier puisse leur opposer son privilège. Il faut que le gagiste ou un tiers convenu soit mis en possession. D'après l'opinion à peu près universelle, cet article doit être appliqué aux créances et il y est satisfait par la remise du titre, laquelle est, dans notre droit, le moyen légal de faire tradition des biens incorporels (art. 238 et 316 du Code des Obligations) (Aubry et Rau, t. IV, p. 705, n. 20; Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 74; Colin et Capitant, t. II, p. 753; Prof. Dr Fadinecht, p. 75 et s.).

Cette manière de voir est contredite par M. Silianowsky, (p. 51 et s., ouv. cité) et MM. Colmet de Sauterre (Dr. civ., t. VIII, n. 362 bis); Planiol (t. V, n. 2409). Leur argumentation peut s'analyser

sommairement ainsi : l'article 620 du Code des Obligations, (resp. 2076 du Code civil français) parle de la possession de l'objet engagé lui-même; il ne saurait, malgré sa généralité, apparente, régir les cas qui répugnent à son application; tel est celui des biens incorporels. Tous les jurisconsultes reconnaissent en effet, que la possession d'une créance *per se* ne peut se concevoir; la détention matérielle de la feuille de papier, que nous appelons titre de la créance, n'est pas la possession de la créance. Si le Code avait voulu la remise du titre, il s'en serait expliqué, comme il le fait dans l'art. 316 (resp. 1689 du C. civil français). Mais cet article règle exclusivement les rapports du vendeur et de l'acheteur « il établit seulement que le vendeur doit livrer à l'acheteur tous les accessoires de la chose ». Dans l'article 317 (resp. 1690) au contraire, qui regarde les tiers, on ne voit pas qu'il soit nécessaire que l'acheteur ait reçu les titres. La signification suffit à ensaisiner le cessionnaire, à l'égard des tiers; pourquoi ne suffirait-elle pas également à saisir le gagiste vis-à-vis des mêmes tiers ? Quant au texte de l'art. 620, ne peut-on pas dire que les mots « dans tous les cas » se réfèrent à l'art. 618 et signifient que la mise en possession est exigée, que l'on soit ou non en matière excédant 500 leva ?

L'argumentation est séduisante, surtout lorsqu'elle s'appuie sur cette observation que la cession de créances vaut à l'égard des tiers par la seule signification et en dehors de toute remise de titre. Cependant, il faut bien reconnaître que la solution plus rigoureuse que nous admettons pour le gage est plus conforme à l'esprit certain du Code Civil et par là, du Code Bulgare des Obligations. A tort ou à raison, la loi se montre plus sévère pour la constitution de gage que pour l'aliénation : c'est ainsi que pour les meubles corporels, la tradition est obligatoire; la comparaison montre bien que la tradition qui n'est pas une condition nécessaire pour parfaire vis-à-vis des tiers l'aliénation, l'est pour parfaire le gage. En sorte que d'un acquéreur et d'un gagiste qui n'ont ni l'un ni l'autre reçu la possession, c'est l'acquéreur qui sera préféré, fut-il postérieur en date (Aubry et Rau, t. IV, § 432, note 11 *in fine*, loc. cit.). Aussi, en cas de gage, un écrit spécifiant le bien engagé est exigé, et nous avons vu que cet écrit est requis comme une condition essentielle à l'efficacité du privilège, et non pas seulement comme moyen de preuve.

On ne doit donc pas hésiter, malgré cette première objection, à appliquer le texte, si formel d'ailleurs, de l'article 620. Le contrat de gage, comme la vente, le louage, ou toute autre convention, se forme par un accord de volontés. Sans doute cet accord ne suffit pas, même entre les parties, à parfaire le contrat de gage. La remise de l'objet engagé reste une condition essentielle à l'existence du contrat de gage, en ce sens qu'elle semble faire naître à l'encontre du créancier-gagiste, la charge de conserver et de rendre. Et c'est cette nécessité qu'énonce l'art. 616 et qu'on exprime d'ordinaire en disant que le contrat de gage est un contrat réel.

La mise en possession a une double utilité : dans les rapports entre débiteur et créancier-gagiste, c'est une condition du nantissement, à l'accomplissement de laquelle le débiteur ne peut se soustraire; en second lieu, vis-à-vis des tiers, la mise en possession constitue une mesure de publicité, dont l'omission rend le contrat de gage inopposable aux tiers. Cette mise en possession est un utile complément de la publicité poursuivie par la signification de l'acte constitutif. Mais dans aucun cas, on ne doit soutenir que dans le gage sur créance, la remise de cette dernière (resp. du titre de la créance donnée en gage) pourrait être remplacée par la signification du contrat au débiteur, et que par conséquent, la perfection de la convention entre les parties, est soumise à cette signification. En effet, il y a des cas où la signification, comme aussi en matière de cession de créances, n'est pas requise, par exemple pour le gage des titres au porteur (il y a corrélation entre les art. 317 et 620); pour assurer l'efficacité de la convention à l'égard des tiers, il faudra que celle-ci soit constatée soit par un acte notarié, soit par un acte sous seing privé ayant acquis date certaine, mais cette formalité suffit. A l'inverse : la remise du titre est une formalité de publicité qui, seule parmi toutes les formalités de publicité dont la loi a entouré le gage de créance est considérée comme toujours indispensable; c'est d'ailleurs la seule qui soit applicable à toutes les créances, indépendamment de leur forme, tandis que la signification est spéciale aux créances à personnes dénommées, le transfert de garantie, particulier aux titres nominatifs, l'endossement de garantie, propre aux titres à ordre. Evidemment, il serait faux de soutenir que la signification remplace la mise en possession, qu'elle suffit.

D'autre part, l'expression « dans tous les cas » qu'emploie l'art. 620, exprime une exigence formelle : la loi exige la mise en possession dans tous les cas : aussi bien lorsque le gage a pour objet un meuble corporel (art. 618) que lorsqu'il a pour objet un meuble incorporel (art. 619). La mise en possession est donc certainement nécessaire, mais comment sera-t-il satisfait à cette condition ?

La mise en possession, pour être efficace, pour être à l'égard des tiers une protection vraiment sérieuse, doit avoir un double caractère; elle doit être notoire et exclusive. Notoire, c'est-à-dire se traduire aux yeux de tous par un acte matériel, par un geste; exclusive, c'est-à-dire déposséder le donneur de garantie et le mettre dans l'impossibilité d'utiliser une seconde fois le même élément de richesse pour se procurer un nouveau crédit.

C'est l'art. 316 qui nous déclare que : « la délivrance s'opère par la remise du titre ». Dans notre matière, il faut appliquer la règle citée : la mise en possession se réalisera alors par la tradition des titres qui constatent la créance. Leur remise qui n'a pas besoin d'être constatée par un acte opérera la dépossession du débiteur et complètera la publicité obtenue par la signification de l'art. 619 (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 74).

En quoi consiste le titre à la remise duquel nous concluons ? Nous dirons que c'est d'une façon générale, l'écrit qui constate le droit, celui grâce auquel l'exécution de l'obligation peut être poursuivie. C'est, par exemple, l'acte sous seing privé dressé au moment du contrat; c'est, nous le pensons, la police d'assurances sur la vie qui établit la créance à terme incertaine contre l'assureur, c'est une « feuille d'exécution », etc. Il va de soi que c'est l'original qui doit être livré et non une simple copie.

Du principe que la remise de titre est une condition substantielle du gage des créances, nous tirerons cette conséquence remarquable que les créances non constatées par écrit, ne peuvent pas faire l'objet de ce privilège, à raison de l'impossibilité de satisfaire à cette condition (Laurent, t. XXVIII, n. 477; Aubry et Rau, § 432, note 20, 4^e éd., IV, p. 705; Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 75).

Voici pourquoi c'est par la raison que dit M. Guionin (thèse : De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur

titres, Paris, 1907, p. 108) à savoir que le titre, à l'égard de la créance qu'il représente ne remplit pas toutes les conditions nécessaires, pour que la mise en possession soit efficace; outre cette conséquence pour des créances non constatées par un état écrit, il y aura des cas, dit M. Guionin, où plusieurs titres correspondront à une créance unique et dès lors, il manquera l'exclusivité de la mise en possession, c'est-à-dire le donneur de garantie ne sera pas dépossédé et il pourra utiliser une seconde fois le même élément de richesse pour se procurer un nouveau crédit. Et M. Guionin conclut qu'en l'absence de toute réglementation légale, on est obligé d'abandonner au hasard le soin de fixer le rang entre créanciers (au cas où la créance est constatée par plusieurs exemplaires du même titre, tous parfaitement suffisants à assurer au créancier-gagiste qui en sera porteur, un droit de préférence indiscutable; d'où le conflit possible entre ces créanciers, pour peu que le donneur de garantie soit de mauvaise foi). L'intervention législative serait le seul moyen de sortir de cette difficulté. En attendant, qu'elle se produise, on ne peut que constater les graves inconvénients pratiques de la pluralité de titres.

Il arrive quelquefois que le créancier gagiste est déjà, pour une cause ou pour une autre, détenteur du titre, au moment où le contrat de gage est conclu. La condition de mise en possession se trouve alors réalisée sans déplacement effectif, par une tradition *brevi manu*. Une difficulté s'élève lorsque c'est une tierce personne qui détient le titre, et que cette personne est prise par les parties comme tiers convenu (l'art. 620). Dans ce cas, suffit-il que ce tiers soit informé du nantissement par une signification ou de toute autre manière ? Nous trouvons nécessaire, en outre, que le tiers, détenteur de la créance, accepte de la tenir désormais pour le compte du gagiste. Car l'intervention de la possession suppose un changement dans l'intention du possesseur. La volonté du créancier-gagiste, seule, ne peut imposer au tiers détenteur la qualité de tiers convenu, sans que ce dernier ait accepté le mandat dont on veut l'investir.

CHAPITRE III

Effets du contrat de gage.

Au contrat de gage sur créances, en général, prennent part trois personnes : le créancier-gagiste, au profit duquel est constituée la garantie réelle du gage; le débiteur constituant, qui est le donneur de la garantie (de la créance engagée) et le tiers débiteur de ladite créance. Il n'y a qu'un cas où ne participent à l'opération que deux personnes, c'est le cas du *pignus debiti*.

Pour faire l'examen des droits et des obligations des personnes ci-dessus, nous allons diviser notre chapitre en deux sections : Section I. Effets du contrat de gage entre le débiteur constituant (le donneur de garantie) et le tiers débiteur (de la créance exigée; Section II. Les droits et les obligations du créancier-gagiste et du tiers-débiteur.

SECTION I.

Effets du contrat de gage entre le débiteur constituant (le donneur de garantie) et le tiers-débiteur.

Après la mise en gage de sa créance, le débiteur, donneur de garantie, reste seul titulaire de la créance engagée. Jusqu'à l'échéance de ladite créance, il peut la céder à un tiers, de la même façon qu'un débiteur hypothécaire peut aliéner son héritage hypothéqué. Il en est ainsi parce que la constitution du gage n'opère au profit du créancier-gagiste ni cession, ni délégation de la créance engagée. Celui-ci est détenteur du titre, mais on ne peut le considérer à aucun degré comme titulaire du droit lui-même. Le donneur de garantie reste donc seul titulaire de la créance engagée.

Néanmoins, le débiteur-constituant, après la signification au tiers débiteur, ne peut, sans le consentement du créancier-gagiste ni éteindre le droit donné en gage (renonciation, remise de dette) ni admettre d'autres modifications préjudiciables à ce créancier (sursis, sursis concordataire, abaissement du taux de l'intérêt, prorogation de l'échéance, etc.). Des actes de ce genre sont nuls.

Si par exemple le donneur et le tiers-débiteur sont d'accord pour modifier la créance dans sa substance, dans son contenu (échéance, conditions, intérêt, accessoires) alors, ce serait une créance nouvelle autre que la primitive créance engagée; le créancier-gagiste serait libre d'accepter cette substitution ou de considérer comme nul et non avenu le règlement intervenu en dehors de lui, car tout accord de volonté, intervenu entre le donneur de garantie et son débiteur, et destiné à substituer à la créance primitive, donnée en gage, un droit nouveau, au détriment du privilège du créancier-gagiste, ne lui serait pas opposable. Inversement, le donneur de mauvaise foi pourrait facilement paralyser le droit de privilège du créancier-gagiste, s'il pouvait annuler ou modifier sa créance engagée. Ici, on le voit, le pouvoir du donneur de disposer de sa créance est restreint par le droit de gage du créancier-gagiste. Néanmoins, cette restriction se réduit à la nécessité de respecter les droits de gage institués par lui, et dans ce sens, on pourrait soutenir que le donneur de garantie (le débiteur constituant) pourrait faire remise volontaire de la créance, mais sous la condition de conserver les droits du créancier-gagiste. Jusqu'ici nous avons considéré les rapports du donneur de garantie et du tiers-débiteur en supposant que la mise en gage de la créance a été signifiée au tiers-débiteur. C'est la signification qui rend le privilège opposable au tiers. Si donc l'accord entre le donneur de garantie et le tiers-débiteur a été conclu avant que la signification soit faite à ce dernier, en vue de modifier ou d'annuler la créance engagée, le créancier-gagiste ne pourrait pas opposer la nullité de l'accord intervenu entre le donneur et le tiers-débiteur. Il pourrait seulement demander la réparation des dommages-intérêts qu'il aurait subis; néanmoins, la convention (l'accord entre le donneur et le tiers) serait valable.

SECTION II.

*Des droits et des obligations du créancier-gagiste
et du tiers-débiteur.*

En ce qui concerne les rapports entre le créancier-gagiste et le tiers-débiteur, le Code Bulgare des Obligations, comme aussi le Code Italien et le Code civil Français, ne dit presque rien. Dans ce cas, la doctrine a encore essayé de compléter les lacunes de la loi. En partant de ce point que le gage sur créance, dans sa forme juridique, ressemble beaucoup à la cession de créances, les auteurs admettent que dans les rapports entre les personnes ayant participé au gage, en général, s'appliquent les règles de la session de créance. Ainsi le tiers-débiteur peut opposer au créancier-gagiste toutes les exceptions que pourrait opposer à son propre créancier, le donneur de garantie, au moment de la signification (1).

Le tiers-débiteur pourra aussi opposer au créancier-gagiste les exceptions en rapport avec la personne même de ce dernier, et celles relatives à la nullité du contrat de gage. Néanmoins, il y a des règles en matière de cession de créances qui ne peuvent pas

(1) M. Silianowsky. (De la substance et du contenu du droit de gage sur créances), p. 80, commet une erreur certaine en admettant que « le tiers débiteur pourrait opposer au créancier-gagiste les exceptions qu'il pourrait opposer à son propre créancier (le donneur), au moment de la mise en gage de la créance ». L'auteur paraît ignorer l'importance de la signification, tant en matière de cession qu'en celle de la mise en gage de créances sur les rapports des personnes ayant pris part au contrat. Il admet comme un moment déterminant pour les rapports juridiques entre les personnes participantes celui de la conclusion du contrat de la mise en gage de la créance et non pas la signification du gage au tiers débiteur et il soutient que ce dernier pourra opposer au créancier-gagiste toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au donneur au *moment du gage*. Cela est évidemment faux, car en ce qui concerne les exceptions que le tiers débiteur pourrait opposer au créancier-gagiste, le moment déterminant, c'est celui de la signification et non pas le moment de la mise en gage. Le créancier-gagiste ne peut ignorer que les exceptions qui sont nées, à l'égard du constituant, après la signification faite au tiers débiteur, mais non pas celles qui sont nées avant ce moment, quoique après la date du contrat de gage.

être appliquées dans notre matière du gage et dont nous allons faire les remarques respectives en cours du travail.

Pour les droits et les obligations des personnes en question, le moment d'exigibilité de la créance assurée est très importante. Avec l'arrivée de cette exigibilité, les droits du créancier-gagiste augmentent en nombre et en contenu. Voici pourquoi dans notre travail, en vue d'examiner les rapports, les droits et les obligations du créancier-gagiste et du tiers-débiteur, nous allons partager la matière en deux paragraphes : § 1. Avant l'exigibilité de la créance garantie; § 2. Après son exigibilité (à l'échéance).

§ 1. *Avant l'exigibilité de la créance en garantie.*

Les effets du contrat de gage, pendant la durée de cette période, jusqu'à l'échéance de la créance garantie, ne sont pas envisagés et réglés par le législateur bulgare (resp. ses sources, le Code Italien et le Code civil Français) par des textes positifs. Le Code Bulgare des Obligations ne nous dit pas quels sont les droits et les obligations des personnes ayant pris part au rapport juridique dans le gage, jusqu'à l'échéance de la créance garantie.

En raison de ce que le donneur de la garantie reste le seul titulaire de la créance donnée en gage et en vertu de l'art. 622 du Code des Obligations d'après lequel le créancier-gagiste même, en cas de non-paiement, ne peut disposer librement de la créance engagée, il suit la conclusion que dans la période depuis la constitution du gage jusqu'au moment de l'échéance (de l'exigibilité) de la créance garantie, le créancier-gagiste n'a aucun droit sur la créance donnée en gage. Presque tous les auteurs français dans l'examen de la matière en question ne s'accusent pas des rapports des personnes ayant pris part au contrat de gage, mais un tel silence ne signifie pas que dans cette période, des événements dignes d'appeler l'attention, soit des auteurs, soit du législateur, ne peuvent se produire.

La question qui est étroitement liée avec celle du contenu des droits et des obligations des personnes participant au gage de la créance, dans la période qui nous occupe, est celle-ci : qui, du créancier-gagiste et du donneur de la garantie, a le droit de demander au tiers-débiteur la prestation de la créance engagée, si cette

dernière vient à être exigible avant l'échéance de la créance garantie; autrement dit : vis-à-vis de qui le tiers-débiteur est-il obligé, ou entre les mains de qui a-t-il le droit de s'acquitter ? et d'autre part, comment, par quelle façon le tiers-débiteur pourrait-il faire un paiement libératoire, lorsque le créancier-gagiste et le donneur de la garantie ne sont pas d'accord pour accepter la prestation ?

Notre droit présente à cet égard une très regrettable lacune, qui n'existe pas dans le nouveau Code allemand, dont les paragraphes 1281 et 1282 règlent les rapports des personnes participant au gage, pendant la période antérieure à l'échéance de la créance engagée. Ces textes prévoient le paiement fait pendant la durée du gage au créancier-gagiste. D'après le § 1281, dans le cas où la créance engagée devient exigible avant l'échéance de la créance garantie, le tiers-débiteur ne peut faire son paiement libératoire qu'entre les mains des deux ensemble : du créancier-gagiste et du donneur de garantie.

Pour résoudre la question posée, dans notre droit, à défaut de texte spécial sur ce point, il faut suivre le sens général de la loi, ou s'inspirer de l'intention des parties participantes dans la constitution du droit du gage sur la créance. Sans doute, le créancier-gagiste, de sa propre autorité, ne peut recevoir lui-même, dans cette période, le paiement de la créance engagée. Il ne pourrait le recevoir qu'à l'échéance de sa propre créance garantie, si le débiteur constituant (le donneur de garantie) vient à ne pas payer. C'est la volonté des parties au moment même de la constitution du gage; le créancier-gagiste ne pourrait poursuivre le paiement de sa créance assurée que lorsque le débiteur constituant vient à ne pas faire face à ses obligations. Mais étant donné que dans ce temps-là, il n'est pas certain, si le débiteur constituant aurait payé ou non, naturellement, le créancier-gagiste ne pourrait pas recevoir le paiement.

Il nous reste à examiner si le débiteur constituant pourrait recevoir le paiement de son propre débiteur (le tiers-débiteur). En effet, après la constitution du gage, c'est le débiteur constituant qui, seul, est propriétaire de la créance engagée. Mais cela veut-il dire qu'il puisse recevoir le paiement ? Dans le contrat de gage, la seule intention, le seul but des parties — c'est de constituer une sûreté au créancier-gagiste; cette sûreté ne pourrait être suffi-

sante et efficace que si le débiteur-donneur de la sûreté, est déposé de sa propre créance, mise en gage. C'est pourquoi l'art. 620 prévoit la mise en possession de ladite créance. Si, pendant cette période, le débiteur constituant pouvait faire valoir sa propre créance donnée en gage, cela constituerait un véritable obstacle à la réalisation du but — même du gage. — D'autre part, nous avons vu que la signification, faite au tiers-débiteur, l'empêche de faire un paiement libératoire entre les mains de son propre créancier. C'est une prohibition absolue en ce sens que, soit avant, soit après l'échéance de la créance garantie, le tiers-débiteur ne pourrait s'acquitter entre les mains du donneur (son propre créancier) qu'après la satisfaction définitive du créancier-gagiste. Par conséquent, dans la période en question, le tiers-débiteur ne peut faire aucun paiement libératoire ni entre les mains de son propre créancier (le donneur), ni entre celles du créancier-gagiste.

Certainement le tiers-débiteur, qui doit payer à l'échéance de la créance engagée, ne pourrait être placé dans une telle impasse. Comment, alors, pourrait-il payer ? Voilà une question bien difficile à résoudre. Parmi les auteurs français, c'est bien MM. Planiol et Ripert, qui nous semblent donner la meilleure solution à la question posée, dans les termes suivants : « Lorsque le gage porte sur une créance qui vient à échéance et qui est remboursée par le tiers-débiteur, avant que le créancier-gagiste puisse exiger son propre paiement, le gagiste n'a pas qualité pour recevoir seul le remboursement de la créance engagée, il ne le peut pas tant que sa propre créance n'est pas échue, car ce serait disposer du gage avant l'échéance. Le débiteur ne peut pas non plus recevoir paiement, ne pouvant disposer de la créance qu'il a donnée en garantie. Il y a là une difficulté que, par une véritable lacune, la loi n'a pas prévue : la seule solution possible est de décider que le paiement sera fait du consentement des deux intéressés et que la somme sera employée ou consignée immédiatement » (Planiol et Ripert, t. XV, n. 117, op. cit.).

MM. Colin et Capitant (t. II, p. 767) s'expliquent de même et proposent la même solution : le paiement sera fait du consentement des deux intéressés et consigné ou employé immédiatement — solution de l'article 1281 du Code civil allemand.

En effet, c'est la seule solution satisfaisante que le Code civil

allemand et le Code civil suisse ont donné à la question posée : dans le cas où la créance donnée en gage vient à échéance pendant la durée du contrat, le tiers-débiteur fera le paiement de la créance engagée du consentement des deux intéressés. A défaut de ce consentement, il doit consigner. — Il n'y a pas de difficulté à appliquer cette solution dans notre droit privé (par conséquent aussi dans le droit privé français et italien) parce qu'il n'y a pas de texte qui prohibe une telle solution. Au contraire, c'est la seule conséquence logique, qui résulte de l'application stricte des principes mêmes du droit de gage. Une telle solution du problème ne préjudicie en rien les intérêts du créancier-gagiste, dont la sauvegarde est le premier et le grand souci du législateur, parce que la prestation serait faite, non seulement au donneur de garantie, mais aussi au créancier-gagiste, qui aurait toute possibilité de ne pas laisser ses intérêts à la merci du donneur.

Par conséquent, le premier soin du tiers-débiteur, qui veut payer avant l'échéance de la créance assurée, sera d'offrir au gagiste et au donneur, conjointement, la prestation à moins qu'au sujet du paiement, une discussion se soit élevée entre le gagiste et le donneur, ou que l'un d'eux renonce à recevoir le paiement, alors le tiers pourrait consigner la prestation au nom des deux (conjointement) : le gagiste et le donneur. Le tiers-débiteur ne pourrait pas payer seulement à l'un des deux, quoique l'autre ait renoncé au paiement.

Bien entendu, le tiers-débiteur ne pourra consigner qu'à défaut de consentement du débiteur-constituant (le donneur), et du créancier-gagiste sur la manière d'effectuer le paiement. Dans tous autres cas, et en premier lieu, c'est à la volonté des parties qu'on doit se conformer. Mais, si un accord dans le sens que le tiers-débiteur ne pourra payer qu'entre les mains du créancier-gagiste, serait-il valable ? Nous croyons qu'à cette question, la seule réponse possible doive être négative par les mêmes considérations, par lesquelles il est impossible d'admettre la constitution de gage sur une chose corporelle, où la mise en possession de cette dernière fait par *constitutum possessorium*.

Il nous reste maintenant à envisager la question de savoir qui, du créancier-gagiste et du donneur de garantie, peut demander la prestation, si le tiers-débiteur renonce à payer à son échéance la

créance donnée en gage. A cet égard, le Code civil allemand diffère du Code suisse : le premier envisage le créancier-gagiste et le débiteur constituant comme deux créanciers simultanés du tiers-débiteur relativement à la créance donnée en gage. Le législateur allemand trouve une généralité, une communauté entre le gagiste et le constituant à l'égard du tiers-débiteur et de cette dernière considération, il tire la même solution, à savoir : comme le débiteur a le droit et l'obligation de faire la prestation aux créancier-gagiste et débiteur-constituant, conjointement, de même ces derniers ne peuvent que conjointement demander la prestation du tiers-débiteur; à défaut d'accord, chacun d'eux peut demander au tiers-débiteur d'effectuer la prestation aux deux conjointement (art. 1280 du Code civil allemand).

Au contraire, le législateur suisse ne voit aucune généralité, aucune communauté entre le créancier-gagiste et le débiteur-constituant à l'égard de la créance engagée. En effet, une telle généralité ne s'impose pas, ne s'explique pas. D'après lui, le gagiste n'acquiert aucun droit de créancier sur la créance donnée en gage : c'est le débiteur-constituant qui, seul, reste le titulaire exclusif de sa créance engagée, sur laquelle le créancier-gagiste n'acquiert qu'un droit de gage, en vertu de la convention même de gage, parce que le gage ne contient aucune translation de créance engagée. Dans ces conditions, l'art. 906 du Code civil suisse porte : « le propriétaire de la créance engagée peut la dénoncer ou en opérer le recouvrement et le créancier gagiste a le droit de l'y contraindre, si ces mesures sont commandées par l'intérêt d'une bonne gestion — le débiteur avisé de la mise en gage ne peut s'acquitter entre les mains du propriétaire ou du créancier-gagiste qu'avec le consentement de l'autre intéressé —, à défaut de ce consentement, il doit consigner ». Par conséquent, en principe, contrairement au Code civil allemand, c'est le débiteur-constituant qui, seul, a le pouvoir d'agir, pour la conservation, la réalisation de la créance engagée; c'est lui qui, seul, est fondé à poursuivre en justice le tiers-débiteur, de le mettre en demeure, etc... Ce n'est que pour le paiement que le texte décide qu'il ne peut être fait valablement qu'entre les mains du propriétaire ou du créancier-gagiste avec le consentement de l'autre intéressé.

A défaut de texte législatif sur ce point, dans le Code Bulgare

des Obligations, nous croyons que la meilleure solution est celle que donne le Code civil suisse, à savoir, dans la période envisagée (pendant la durée du contrat de gage), après l'exigibilité de la créance engagée et avant l'échéance de la créance garantie, c'est le débiteur-constituant qui, seul, est fondé à poursuivre en justice le tiers-débiteur. Bien entendu, ce dernier, pour éviter sa responsabilité à l'égard du créancier-gagiste, ayant reçu la signification, est obligé de répliquer et de ne pas consentir à faire la prestation entre les mains du demandeur, son propre créancier (le constituant) sans le consentement du gagiste; en présence du défaut de consentement de ce dernier, le tiers-débiteur a le droit et l'obligation de consigner, avec l'indication expresse que la consignation est faite au nom du constituant, comme gage au créancier-gagiste. (*Contra* : Silianowsky, p. 89 et suiv.).

Si la prestation porte sur des choses corporelles, le constituant devient le propriétaire des choses données en paiement et le créancier-gagiste acquiert son droit de gage. Ce dernier est acquis par le gagiste, sans qu'il soit nécessaire d'aucune convention spéciale (*res succedit in locum nominis*). Pendant cette période-là, le créancier-gagiste n'a pas un véritable droit de copossession, parce qu'il lui manque l'intention de détenir la chose comme sa propriété. Il n'a pas une possession juridique : (pas d'« *animus domini* »). Il n'est qu'un simple détenteur. Si le débiteur constituant n'était pas le véritable propriétaire de la chose donnée en gage, le créancier-gagiste acquerrait le droit de gage pourvu qu'il soit de bonne foi. La solution est la même en cas de créance engagée portant sur des choses corporelles. La mauvaise foi du débiteur-constituant au moment de la conclusion du contrat de gage est sans importance. Cette mauvaise foi a pour conséquence que le débiteur-constituant n'acquiert aucun droit de propriété sur les choses, l'objet de prestation. On doit appliquer les mêmes règles quand la prestation consiste en une somme d'argent.

§ 2. Après l'exigibilité de la créance assurée.

Lorsque la créance garantie vient à échéance, la solution juridique des participants au gage change : dès le moment de l'échéance, les droits du créancier-gagiste augmentent, tandis que ceux du débiteur-constituant diminuent.

Les doctrines française et italienne, en examinant les textes à l'égard du contrat de gage d'une manière générale, sans faire la distinction entre le gage sur choses corporelles et celui sur créances, reconnaissent au créancier-gagiste les trois droits suivants; droit de privilège, droit de rétention (*jus retentionis*) et le droit de faire vendre le gage, au cas de non-paiement à l'échéance (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 90 : Pacifici Mazoni : *Institutioni di diritto civile italiano*, t. V, N° 286). Certains auteurs ajoutent un quatrième droit, à savoir le droit du créancier-gagiste de revendiquer la chose engagée, lorsqu'il l'a perdue ou qu'elle lui a été enlevée (Beudant : *Cours de droit civil français*. — Les sûretés personnelles et réelles, t. I, n. n. 190 et 203).

I. Avant d'examiner les droits ci-dessus du créancier-gagiste autant qu'il peuvent lui être reconnus en matière de gage sur créances, nous allons nous arrêter sur une autre question d'une importance considérable, à savoir : si le créancier-gagiste aurait le droit de demander au tiers-débiteur le montant de la créance donnée en gage, lorsque la créance garantie, à son échéance, vient à n'être pas payée. En effet, on a reconnu beaucoup de droits au créancier-gagiste, mais ils ne sont pas si essentiels en comparaison avec celui de toucher le montant de la créance. Ce qui intéresse vivement le créancier-gagiste, c'est comme dit avec raison le Prof. V. Ganef (Rev. pour les Avocats, an VI, N. 6) de savoir s'il pourrait toucher la créance donnée en gage en cas de non-paiement de la créance garantie et ainsi, se payer. Nous allons essayer de donner une réponse à cette question.

Dans notre matière « le droit de demander le montant de la créance » signifie : le droit du créancier-gagiste, non seulement de toucher la prestation due par le tiers-débiteur, mais aussi de demander en justice la réalisation de la créance engagée, si le tiers-débiteur ne remplit pas volontairement son obligation.

En droit romain, le créancier-gagiste avait le : *jus exigendi* : droit que le *pignus nominis* confère au créancier de toucher le *nomen* et de se payer par ses propres mains jusque due concurrence. En effet, c'est le cas habituel lorsque le *nomen* est une créance de somme d'argent : l'opération est simple et la liquidation sera facile; le *nomen* est-il inférieur à la dette qu'il garantit ? Le créancier en conservera le montant intégral; est-il supérieur ? Il sera tenu aux besoins par l'*actio pignoralitia directa* de restituer au constituant ce qu'il aura touché au-delà de la créance principale. —

Dans le cas où le *nomen* est un corps certain, le créancier-gagiste exerce à l'échéance son *jus exigendi* en se faisant mettre en possession de l'objet qu'il détiendra désormais *pignoris loco*. Cette expression un peu vague de *pignoris loco* a donné naissance à une sérieuse difficulté. Des auteurs, notamment en Allemagne (Mühlenbruch, Troschke) ont soutenu que, les mots *pignoris loco* signifient que le créancier gagiste n'a qu'un simple droit de rétention. Il y en a d'autres (Hellwig) qui reconnaissent au créancier-gagiste le droit de propriété sur la chose, objet de la créance donnée en gage. — Nous sommes portés à nous ranger à l'opinion des auteurs (Dernburg, Exner, Kohler) qui comprennent « *pignoris loco* » en ce sens que le créancier-gagiste assure l'objet dont il a déjà la possession un véritable droit de gage (une hypothèque), avec les droits : de suite, de vente, de préférence.

Notre droit positif ne reconnaît pas textuellement le *jus exigendi* au créancier-gagiste comme les droits italien et français.

Il y a des auteurs qui ne reconnaissent pas au créancier-gagiste le droit de toucher le montant de la créance (*jus exigendi*) en raison du texte même de l'article 622 du Code des Obligations, art. 2078 du Code français) : il est défendu au créancier-gagiste de disposer de la créance engagée, en cas de non-paiement de la créance garantie; attendu que le droit de toucher (*jus exigendi*) est un acte de disposition de la créance donnée en gage, c'est pourquoi le créancier ne peut pas poursuivre son paiement.

En France, la thèse en faveur de l'inadmission du *jus exigendi*, est motivée de la manière suivante : Laurent (t. XXVIII, n. 522) en examinant les différents cas de pacte comissoire, pose la question, tout à fait accidentellement, de savoir si le créancier-gagiste peut être autorisé en cas de non-paiement, à toucher directement le montant de la créance sur sa simple quittance ? Il donne la réponse négative, parce qu'une telle convention serait en contradiction avec l'art. 2078 (resp. 622). Dans ce cas, il voit une vente conditionnelle et une manière d'éluder la défense de l'art. 2078; la loi, dit Laurent, ne permettrait pas de faire indirectement ce qu'elle défend de faire directement.

Comme on le voit ci-dessus, la non-admission du *jus exigendi*, en notre droit positif, est motivée par les dispositions impératives de l'art. 622 du Code des Obligations. Nous voulons ajouter, qu'à

notre avis, les dispositions de l'art. 622, n'excluent pas l'existence du *jus exigendi* : il peut être l'objet d'une clause spéciale dans le contrat de gage; il ne peut être considéré comme un cas de *lex commissoria*. En outre, le *jus exigendi* existe de droit au profit du créancier-gagiste, dès le moment de la conclusion du contrat de gage.

Pour motiver notre opinion, nous allons, en premier lieu, examiner l'art. 622 du Code des Obligations : son contenu, sa raison d'être, en vue de prouver que le texte ne défend pas l'admission du *jus exigendi*.

L'interprétation des auteurs et de la jurisprudence, dans leur majorité, donne la conclusion que le législateur, par le texte de l'art. 622 a voulu : 1° défendre au créancier-gagiste de disposer du gage (la chose engagée) en cas de non-paiement de la créance garantie, sans l'intervention de la justice; 2° défendre aussi toute clause dans le contrat de gage en vertu de laquelle le créancier-gagiste serait autorisé à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités que la loi impose. Par conséquent, la loi prescrit deux défenses : la première, que le créancier-gagiste ne puisse faire la vente du gage à l'amiable, en cas de non-paiement de la créance garantie, ni être exonéré de son obligation de demander la permission de vente à la justice ou de prendre le gage en dation en paiement. Cette clause était admise par le législateur romain, ainsi que jadis par l'ancien droit français, sous le nom *voie parée*. De nos jours, elle est nulle (Planiol, Droit civil, t. II, n. 2450). La seconde défense est celle du pacte commissoire, défendue aussi en droit romain.

Quelles considérations juridiques et politiques ont amené le législateur à prescrire ces défenses ? Nous pouvons les trouver dans les motifs du Code civil français. La défense du pacte commissoire, qui existe dans toutes les législatures actuelles, fut fondée en France sur les mêmes considérations qu'à Rome. Berlier, dans son « Exposé des Motifs » (Loché, t. VIII, p. 99) explique cette question de la manière suivante : en général, la valeur du gage est plus grande que le montant de la créance garantie; la chose n'a aucun inconvénient si le débiteur constituant paie et reprend la chose engagée; mais il y aurait un grand danger si le créancier-gagiste en devenait propriétaire en cas de non-paiement.

Le débiteur, poussé par le besoin et comptant reprendre le gage, en remboursant le créancier, met en général, en gage, une chose dont la valeur est supérieure au montant de la dette; de sorte qu'avec une chose de valeur supérieure, il ne paierait qu'une dette minime — le contrat de gage enrichirait le créancier-gagiste et ruinerait le débiteur-constituant — tel serait le résultat. Voilà ce que le législateur a voulu éviter. Le gage est un contrat utile en tant qu'il peut procurer au débiteur le crédit dont il a besoin; il deviendrait odieux et contraire à l'ordre public s'il avait pour résultat d'enrichir le créancier en ruinant le débiteur. Par conséquent, la loi ne défend que les actes de disposition, par lesquels le créancier gagiste s'approprie la chose engagée, sans distinguer s'il tient ce droit en vertu du contrat lui-même, ou s'il le fait de sa propre autorité. En ce qui concerne la seconde défense, celle que le créancier-gagiste doit s'adresser à la justice pour faire ordonner que le gage lui demeurera en paiement ou qu'il sera vendu aux enchères, les auteurs la considèrent comme une garantie pour le débiteur; l'intervention du juge empêchera le créancier de s'approprier le gage (Laurent, t. XXVIII, n° 510).

L'admission du *jus exigendi* présente-t-elle vraiment pour les intérêts du débiteur constituant le danger que le législateur veut éviter? Cette question ne comporte qu'une réponse négative. En effet, le *jus exigendi* a pour but la satisfaction du créancier-gagiste sans l'intervention de la justice, mais cette intervention de la justice n'est pas de nature à sauvegarder les intérêts du débiteur-constituant. Cette intervention ne peut qu'entraîner des dépens qui causeraient un dommage au constituant.

Les adversaires de l'admission du *jus exigendi* pourraient objecter que ce droit donne au gagiste la possibilité d'obtenir satisfaction par l'appropriation du gage, sans aucune observation des formalités prescrites par la loi. En effet, cela est vrai, en cas de gage sur des créances dont la prestation consiste en une somme d'argent. Mais tout cela constituera-t-il un danger pour le débiteur constituant? Si le créancier suit les formalités requises, dans ce cas, il doit demander la permission de la justice, pour la vente ou pour la dation en paiement. Du reste, quelle est la raison d'être de ces formalités? Quel profit réel procureraient ces formalités aux intérêts du constituant? Combien d'acheteurs vont se pré-

senter pour acheter une telle créance aux enchères ? En ce cas, le *jus exigendi* ne nuit pas au constituant; tout au contraire, il lui est même avantageux, parce que le créancier-gagiste l'empêche de courir le risque de voir la créance vendue à vil prix, comme cela aurait pu se produire, si n'ayant pas *jus exigendi* (la possibilité de toucher le montant) le créancier devrait demander l'autorisation pour la vente aux enchères.

Voilà pourquoi nous donnons la réponse négative à toutes ces questions et nous trouvons que le *jus exigendi* n'entre pas dans la conception du « pacte comissoire ». Si la créance porte sur une prestation de choses corporelles, aucun dommage non plus pour le débiteur constituant; dans ce cas, le créancier, en vertu du *jus exigendi* aurait à sa disposition la prestation sur laquelle il acquiert un droit de gage (*res succedit in locum nominis*) parce que le droit de demander le paiement (le *jus exigendi*) ne signifie pas un droit d'appropriation sur les choses corporelles — objet de la prestation. Dans ce cas, le droit de gage sur créances désormais existera comme un droit de gage sur choses corporelles. Ensuite, pour que le créancier puisse faire valoir sa créance garantie, il doit observer les formalités prescrites par l'art. 622.

Enfin un dernier argument; à propos de la nature juridique du droit de gage sur créance (chap. I) nous avons dit que ce droit est un droit de créance, semblable à celui d'où il dérive, mais limité ou modifié d'après les buts du gage. En vertu de la constitution du droit de gage sur une créance (par la succession constitutive) le créancier-gagiste acquiert à l'égard du tiers-débiteur, un droit sur la créance engagée autre que celui du constituant, qui reste néanmoins le créancier de la créance chargée du gage. Justement, ce droit du créancier-gagiste, acquis par la constitution même du gage renferme le *jus exigendi*. Par conséquent, la défense de l'art. 622 ne peut pas toucher le créancier-gagiste d'un gage sur une créance, parce que, par le fait même d'avoir un droit de gage sur la créance, il a aussi le droit d'agir comme un véritable créancier, contre le tiers-débiteur.

Bien entendu, le créancier n'a aucun besoin d'un nouveau contrat par la création de *jus exigendi*; ce droit est déjà créé; il existe dès le moment de la conclusion du contrat de gage.

Parmi les auteurs français qui soutiennent aussi la reconnais-

sance du *jus exigendi* du créancier-gagiste, d'après le droit positif actuel, on peut citer MM. Colin et Capitant (tome II, p. 76) qui disent : « C'est elle (la signification) qui rend la constitution de gage opposable aux tiers. Tant qu'elle n'a pas eu lieu, le créancier-gagiste ne peut pas se prévaloir de son droit pour exiger le paiement du débiteur de la créance; celui-ci ne connaît jusque là que son propre créancier ». En effet, ces auteurs n'examinent pas particulièrement la nature juridique du *jus exigendi*.

D'autre part, ce sont MM. Planiol et Ripert (t. XII, n. 117) qui sont aussi partisans de l'admission du *jus exigendi*; ils s'expliquent de la manière suivante : « Lorsque le gage porte sur une créance qui vient à l'échéance et qui est remboursée par le tiers-débiteur avant que le créancier-gagiste puisse exiger son propre paiement, le gagiste n'a pas qualité pour recevoir seul le remboursement de la créance engagée; il ne le peut pas tant que sa propre créance n'est pas échue, car ce serait disposer du gage avant l'échéance ». Nous trouvons ici le même principe : tant que la créance garantie n'est pas échue, le créancier ne pourrait pas recevoir le paiement, parce qu'il ne pourrait le demander ni l'exiger. C'est-à-dire, après l'échéance de la créance garantie, le gagiste pourrait recevoir le paiement du tiers-débiteur, parce qu'il pourrait demander ce paiement.

En troisième lieu, c'est M. Guillenard (Traité du nantissement et du droit de rétention, n. 112) qui dit : « ...si les créances ne sont pas susceptibles d'une possession véritables, puisqu'elles consistent dans un droit, on peut néanmoins arriver à donner sur elles au créancier-gagiste l'équivalent de la possession, en lui remettant, comme nous l'avons dit, les titres des créances, dont la détention lui permettra et ne permettra qu'à lui d'agir contre le débiteur, et en avertissant les tiers de la constitution du gage par la signification du contrat qui en est faite au débiteur cédé ».

Le Code civil allemand, dans son article 1293, a légitimé expressément l'admission du droit du créancier-gagiste à exiger du tiers-débiteur le montant (la prestation) de la créance engagée.

Chez nous, c'est M. le Professeur V. Ganefff qui, le premier, a posé la question de *jus exigendi* avec toute son importance qu'il admet. M. Silianowsky aussi donne une argumentation très large à cet égard.

Une fois l'admission du *jus exigendi* prouvée, examinons maintenant le contenu de ce droit. Dans cet examen, il faut distinguer deux cas : suivant que la créance engagée a pour objet une somme d'argent, et celui où elle porte sur des choses corporelles.

a) Lorsque la créance a pour objet une somme d'argent, le *jus exigendi* au profit du créancier-gagiste lui donne la possibilité de recevoir un paiement (une satisfaction) directe pour sa créance garantie. Ce droit indépendant du gagiste, de toucher le montant de la créance, est une conséquence immédiate de l'exigibilité de la créance garantie. Le créancier ne peut profiter de ce droit que sous les conditions suivantes : a) existence et exigibilité de la créance assurée; b) existence et exibilité de la créance donnée en gage; c) si la créance porte sur des choses corporelles, sa convertibilité en somme d'argent. Dans ces conditions, le créancier-gagiste peut profiter du droit indépendant de toucher le montant de la créance engagée, c'est-à-dire de profiter de son *jus exigendi*. En vertu de ce droit, le créancier pourra demander du tiers-débiteur la somme que celui-ci doit au constituant, sans avoir besoin d'un titre exécutoire de la créance garantie contre le tiers-débiteur. La loi ne prescrit pas une telle condition pour que le créancier-gagiste puisse réaliser son droit. En ce qui concerne l'ordre de justice, duquel parle l'art. 622, nous nous sommes déjà expliquée en ce sens que cette intervention de la justice n'est pas nécessaire pour que le créancier-gagiste puisse demander le montant de la créance engagée. Dans l'exercice du *jus exigendi*, le créancier-gagiste n'est pas un cessionnaire du constituant; dans ce cas, il agit en vertu de son droit indépendant — droit de gage, qui, dans sa forme, est pareil au droit du constituant, mais dans son contenu, en est différent. Voici pourquoi il n'est pas représentant du débiteur constituant au procès; il est une partie indépendante. Pour réaliser son *jus exigendi*, le créancier a tous les moyens possibles qui sont nécessaires et commodes. Ainsi, il peut poursuivre en justice le tiers-débiteur pour se faire payer.

La décision du tribunal sur le procès entre le créancier-gagiste et le tiers-débiteur, pourra-t-elle avoir la portée et les conséquences de *res judicata* à l'égard du constituant ? Non, parce que, comme nous l'avons dit ci-dessus, le gagiste agit en vertu de

son propre droit de gage, qui n'est pas identique à celui du constituant.

Dans le cas où la créance engagée a pour objet une somme supérieure à celle de la créance assurée, le créancier-gagiste pourrait-il réclamer du tiers-débiteur le montant intégral de la créance, ou seulement une partie, jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance ? On ne peut poser cette question que, lorsque la créance engagée a pour objet une somme d'argent (car si elle porte sur des choses corporelles, il est bien facile de comprendre que le créancier aura la possibilité de demander tout l'objet de la créance engagée) et si la créance est mise en gage totalement. Parce que, en cas de gage partiel, le créancier-gagiste n'a aucun droit à la partie libre. De la conception même du gage, il suit que le créancier-gagiste peut demander et recevoir toute la somme de la créance donnée en gage. Ainsi, lorsque le tiers-débiteur est en faillite, le créancier-gagiste peut produire pour toute la somme due par le tiers-débiteur, et le dividende qu'il recevrait sera calculé sur le montant de la créance engagée, et non pas sur celui de la créance garantie. Dans le cas où le gagiste recevra une somme supérieure à sa propre créance, il rendra le surplus au constituant, cela va de soi. Une clause spéciale dans le contrat même du gage pourrait restreindre le contenu du *jus exigendi*, en ce sens que le créancier-gagiste ne puisse demander que le montant de sa propre créance. Mais il faut ajouter tout de suite qu'en ce cas, le consentement du tiers-débiteur est aussi nécessaire, car le paiement de la dette est une nécessité et en même temps un droit du débiteur, en général; il ne peut être forcé à payer partiellement sa dette, si le tiers-débiteur n'a pas donné son consentement; il n'y aurait pas *mora debitoris*.

Dans le système de notre droit positif, on doit admettre que le créancier-gagiste peut demander la totalité de la somme due par le tiers-débiteur d'autant plus que dans un cas analogue, notre législateur donne la même solution, à savoir dans l'art. 320 du Code de Commerce d'après lequel le créancier-gagiste, en cas de vente aux enchères de la chose engagée, reçoit la totalité de la somme obtenue, et le constituant ne peut demander que le surplus de cette somme.

b) Quel est le contenu du *jus exigendi* lorsque la créance en-

gagée a pour objet des choses corporelles ? Dans ce cas, le droit du créancier de demander le paiement du tiers-débiteur a un seul but : lui procurer un gage propre à garantir sa propre créance. Ne reconnaître que le droit de rétention au créancier-gagiste, ne paraît en harmonie ni avec les buts mêmes du gage, ni avec l'intention des parties; personne ne recevrait en gage une chose corporelle, si on ne reconnaît pas le droit de se payer par elle à l'échéance. Le débiteur qui donne en gage une créance, par la convention même de gage exprime implicitement son intention, qu'après le paiement de la créance engagée, la prestation servira de gage au créancier.

Donc, dans les cas où la créance engagée a pour objet une *res corporalis*, le créancier-gagiste (bien entendu, après le paiement de la créance) reçoit un droit de gage sur la prestation, et le constituant, son droit de propriété sur les mêmes objets. Cette question est réglée de même manière en Allemagne (§ 1287) et en Suisse (arg. de l'art. 774, al. II).

Le *jus exigendi* du créancier-gagiste est admis formellement par le Code civil allemand : dès que la créance est exigible en tout ou en partie (art. 1228) le créancier a le droit de recouvrer la créance, et le débiteur ne peut fournir sa prestation qu'à lui. Si la créance est d'une somme d'argent, le créancier-gagiste ne peut la recouvrer que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû à lui-même. Dans la mesure où il a droit de faire le recouvrement, il peut aussi demander que la créance lui soit cédée en paiement. Le créancier-gagiste ne peut disposer autrement de la créance; son droit devient entier de poursuivre le paiement de la créance, conformément à l'art. 1277 (art. 1282). Par conséquent, le droit allemand considère le *jus exigendi* comme un droit de créancier-gagiste de disposer de la créance engagée.

En droit suisse, la question est résolue négativement : le créancier n'a pas le *jus exigendi*. C'est le constituant qui reste le seul propriétaire, le seul créancier de la créance engagée; c'est lui seul qui peut en disposer. A l'égard du tiers-débiteur, le créancier-gagiste n'est pas autorisé à exercer les droits découlant de la créance. C'est le constituant seul qui peut en opérer le recouvrement et le créancier-gagiste n'a pas le droit de l'y contraindre, si cette mesure est commandée par le souci d'une bonne gestion (art. 906).

II. Un autre droit que le créancier-gagiste acquiert à l'échéance de la créance assurée, c'est *le droit de vendre* l'objet mis en gage en vue de se payer par la somme obtenue lorsque sa créance vient à ne pas l'être à son échéance. D'après l'art. 622 du Code des Obligations, le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Le droit ainsi attribué au créancier est de l'essence du contrat même du gage; on devrait donc annuler la cause, invraisemblable d'ailleurs, qui le lui enlèverait.

Parmi les questions que soulève ce droit de vente, il faut poser, en premier lieu, celle de savoir si les créances mises en gage doivent être vendues de la manière prescrite par l'art. 622, ou bien si les termes de cet article ne s'appliquent que lorsque le gage consiste en meubles corporels ? A cet égard, tous les auteurs français donnent une réponse affirmative (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, n. 120; Planiol et Ripert, tome XII, n. 118 (arg.); Colin et Capitant, t. II).

En effet, les règles de l'art. 622 du Code des Obligations doivent également être suivies, lorsque le gage consiste en meubles incorporels, comme des créances. Le créancier-gagiste ne pourrait, ni s'approprier la créance à lui donnée en gage, ni en disposer à l'amiable (certainement, si la créance engagée vient à son échéance, avant le paiement au créancier-gagiste, celui-ci par son *jus exigendi*, pourrait demander le paiement au tiers débiteur; si, au contraire, la créance engagée n'est pas encore échue, le créancier-gagiste peut profiter de son *jus vendendi*, que lui donne l'art. 622, après l'échéance de la créance garantie); il devrait faire ordonner par justice que le montant lui demeurera jusqu'à due concurrence d'après une estimation faite par experts ou que la créance sera vendue aux enchères. Notre législateur, comme aussi sa source, le législateur français, n'a prévu de règles particulières sur le mode de réalisation du droit de gage sur créances; il ne fait aucune différence entre le cas de gage sur choses corporelles et le cas de gage sur choses incorporelles. Le législateur a traité, d'une manière générale, tous les cas de gage, quel que soit son objet, **créances** ou choses corporelles. Par conséquent, les règles de l'art.

622 du Code des Obligations, qui détermine la manière dont le créancier doit se faire payer au moyen de la chose donnée en gage, doit être observée également dans le cas où le gage porte sur créances ou autres choses incorporelles (Dr Fadinchecht, p. 112). D'où la conclusion que toutes les créances engagées doivent être vendues. Pour notre droit, en cette matière, on ne peut pas admettre la règle prescrite par le législateur allemand, à savoir que le créancier-gagiste, pour vendre la créance engagée, doit en premier lieu et avant la vente, demander la prestation de la créance engagée, et seulement ensuite demander la vente de ladite prestation (si elle consiste en choses corporelles); c'est le droit positif qui établit le *jus vendendi* du créancier-gagiste.

Pour exercer le *jus vendendi*, le créancier-gagiste n'a aucun besoin d'un titre exécutoire contre le constituant pour sa propre créance. C'est dans ce sens que se prononce aussi la jurisprudence bulgare (Silianowsky, p. 129). Un pareil titre est requis en droit autrichien, ainsi qu'en droit allemand jadis, où la nouvelle législation ne requiert aucun titre exécutoire, ni contre le constituant, ni contre le tiers-débiteur, pour exercer le *jus vendendi* lorsque l'objet de la créance engagée consiste en une chose corporelle (Wolf, p. 595).

Pour que le créancier-gagiste puisse exercer le droit de vente, la première condition que la loi exige à cet égard, c'est l'autorisation de justice que le gagiste doit demander. C'est une condition de droit rigoureusement exigée; le créancier est obligé de la remplir. L'alinéa II de l'art. 622 du Code des Obligations annule toute clause dans le contrat de gage, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités requises (la demande en justice que le gage sera vendu aux enchères). Cette sanction est la nullité absolue ! Une condition analogue est requise dans l'art. 319 du Code de Commerce pour le gage entre commerçants, mais avec cette différence que, contrairement à l'art. 622 du Code des Obligations, les parties contractantes peuvent conclure un accord (une clause spéciale par écrit) en vue de dispenser de l'autorisation de justice exigée pour la réalisation du gage, aux termes de l'art. 319.

De quelle manière la justice donnera l'autorisation de vente demandée par le créancier-gagiste ? Sera-t-il indispensable que le

demandeur mette en cause le débiteur ? Ou bien la question sera-t-elle résolue en audience publique ? L'opinion générale des auteurs français, c'est qu'une telle question ne peut rentrer dans la compétence du juge des référés (resp. : séance ordonnante, d'après le Code de procédure civile); le créancier doit mettre en cause le débiteur, ou le tiers-bailleur si le gage est donné par un tiers (Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, p. 115 : Planiol et Ripert, t. XII, n. 115). Nous ne pouvons pas partager cette opinion des auteurs français; dans ce cas, il s'agit d'un droit indiscutable en ce qui concerne les formalités requises, par conséquent, comme en général, les droits indiscutables sont autorisés par jugement rendu en chambre du Conseil, il faut appliquer la même règle à la demande du créancier-gagiste de vente. D'autre part, une telle solution s'impose en raison des besoins pratiques de la vie courante qui exige une rapidité dans ses manifestations économiques (Cass. N. 23/1903, II).

Les autres questions que soulève le droit de vente relatives à la forme et aux conditions de la vente, ainsi que le pacte commissoire, sont communes à tous les contrats de gage, quel que soit l'objet de la garantie, corporel ou incorporel. L'extension de la solution adoptée à la mise en gage des créanciers ne soulève aucune difficulté spéciale. Aussi n'avons-nous pas l'intention de reprendre l'exposé de toutes ces formalités.

III. Le créancier-gagiste a de plus sur l'objet engagé *un droit de rétention*. Sauf au cas où il ferait un usage abusif de cet objet, le débiteur ne peut lui en demander la restitution qu'après s'être entièrement acquitté de la dette. Le créancier-gagiste, dans le cas, où le gage a pour objet une créance, sans doute, ne pourrait avoir un tel *jus retentionis*. Par conséquent, le droit de rétention peut avoir comme objet : les choses corporelles, de l'argent — dues comme *species* et les valeurs mobilières. Les créances sont des biens incorporels, c'est pourquoi elles ne peuvent être l'objet du *jus retentionis*. Mais les titres au porteur sont considérés comme des choses corporelles, d'où ils peuvent être l'objet du droit de rétention : leur mise en gage se réalise de la même manière que le gage des choses corporelles.

Le gage doit rester entre les mains du créancier jusqu'au paiement, et ce paiement doit être intégral pour autoriser le débiteur

à demander la restitution de la chose engagée (art. 626 du Code des Obligations).

Le gage, en effet, est indivisible; chacune des parties de l'objet, constitué en gage, garantit la dette tout entière. Une conséquence de cette indivisibilité est signalée dans l'art. 627, dont l'alinéa I prévoit le cas de mort du débiteur ou du créancier. Aux termes de cet alinéa : «Le gage est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier ». C'est une exception au principe général. L'obligation indivisible en la personne du débiteur se divise de plein droit par la seule force de la loi entre les héritiers, qui sont tenus par action personnelle, chacun au *prorata* de sa part et portion dans la succession; mais si le créancier, qui a suivi la foi de son débiteur, n'a contre les héritiers de ce dernier qu'une action personnelle divisible, il en est autrement lorsqu'il a pris soin de demander un gage en garantie de sa créance. En vertu de notre article, il ne pourra être forcé à la restitution d'aucune des parties de l'objet soumis à son gage avant l'acquittement intégral de l'obligation : l'héritier du débiteur qui a payé la portion à laquelle il était tenu par la dette, ne pourra demander la restitution de la portion à laquelle il a droit dans le gage en vertu de son titre, avant que tous ses cohéritiers ne soient entièrement libérés. Réciproquement : l'héritier du créancier, qui a reçu sa part, ne peut se dessaisir du gage au préjudice de ses cohéritiers qui attendent encore leur paiement; tout ce que nous avons dit au point de vue passif s'applique en sens inverse, au point de vue actif aux héritiers du créancier (art. 627 du Code des Obligations).

L'indivisibilité du gage est, d'ailleurs, de la nature du contrat et non de son essence, car elle ne trouve son fondement que dans la volonté présumée des parties. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il soit convenu entre les parties que le gage sera divisible. Les règles relatives à l'indivisibilité s'appliquent également en matière de gage sur créances; lorsque par exemple sont engagées deux ou plusieurs créances différentes.

IV. L'échéance est arrivée, le débiteur paie, le créancier-gagiste remet la créance qui lui avait été donnée en nantissement, la créance principale est éteinte, il ne peut plus être question de gage.

Mais si les prévisions qui ont engagé le créancier à demander

une sûreté réelle se sont réalisées, si le débiteur est dans l'impossibilité de payer, c'est alors que le créancier va invoquer son droit de vente que lui confère le gage, qui n'est qu'un moyen pour le créancier d'arriver à faire valoir son *privilege* : « le gage, dit l'art. 617 du Code des Obligations confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par *privilege* et *préférence* aux autres créanciers ».

Du reste, ce n'est pas un véritable *privilege* : le gage, volontairement constitué n'a pas la nature du *privilege*, au sens exact de ce mot. En premier lieu, le *privilege* à proprement parler ne peut être établi que par une loi, tandis que le gage volontaire constitue une sûreté conventionnelle; il n'est pas l'œuvre directe de la loi, mais bien celle de la libre volonté des particuliers, que la loi se borne à sanctionner, comme elle sanctionne tout autre accord de volontés. En second lieu, le *privilege stricto sensu* est attaché par la loi à la qualité de la créance; le gage, au contraire, est indépendant de la qualité de la créance garantie, car un créancier peut exiger un gage de son débiteur, quelle que soit la cause de sa créance, alors même qu'elle ne serait aucunement digne de faveur aux yeux de la loi (Planiol et Ripert, tome XII, n. 5, loc. cit).

Quoiqu'il en soit, c'est le droit de beaucoup le plus important que le contrat de gage confère au créancier. Le droit de rétention sera, en effet, inefficace si le débiteur est insolvable, et le droit de vente n'est qu'un moyen pour le créancier d'arriver à faire valoir son *privilege*. Depuis l'époque de la formation des contrats de gage à l'endroit du débiteur; à partir du moment où les formalités des articles 618, 619 et 620 du Code des Obligations, ont été remplies à l'encontre des tiers, la créance donnée en gage devient débitrice parallèlement au débiteur. Le droit du créancier porte sur elle sans intermédiaire, c'est un *jus in re*, droit réel de *préférence*.

Ce droit de *préférence* ne peut être exercé que sur une somme d'argent. Voilà pourquoi il peut avoir lieu après la réalisation de la créance donnée en gage, soit par le *jus exigendi* du créancier-gagiste, soit par sa vente.

V. Pour terminer sur la question posée, nous avons à reconnaître encore quelques droits au créancier-gagiste. Nous avons vu qu'avant l'échéance de la créance garantie, ni le débiteur constituant; ni le créancier-gagiste ne peuvent faire disparaître la

créance engagée. Or, après l'échéance de la créance garantie, nous croyons que le créancier-gagiste pourrait *opérer la remise de dette*. Ce droit ne porte en rien préjudice au débiteur constituant. Bien entendu, le créancier-gagiste ne pourrait opérer la remise de dettes au tiers-débiteur, que jusqu'au montant de sa propre créance et seulement dans le cas où l'objet de la créance engagée consiste dans une certaine somme d'argent. Au contraire, si la créance donnée en gage porte sur des choses corporelles, ce droit est inadmissible.

Le créancier-gagiste pourrait aussi faire la compensation entre la créance engagée et la dette qu'il a vis-à-vis du tiers-débiteur; dans ce cas, il est mieux de dire que la compensation est un droit du tiers-débiteur. Bien entendu, la compensation n'est possible qu'entre les créances qui ont pour objet des sommes d'argent (Planck, § 1282). Le tiers-débiteur pourra opérer la compensation, non seulement dans le cas où il est créancier à l'égard du créancier-gagiste, mais aussi au sujet d'une créance qu'il a contre le constituant; c'est une conséquence du principe que la mise en gage de la créance du constituant ne peut pas empirer la situation et nuire aux droits du tiers-débiteur.

Or, il faut refuser au créancier-gagiste le droit de transiger avec le tiers-débiteur en ce qui touche la créance engagée; par sa nature même, la transaction suppose des concessions réciproques entre les parties. Cela veut dire, une diminution éventuelle des intérêts du constituant (le donneur de garantie) car on ne pourrait savoir exactement et d'avance si le tiers-débiteur à l'échéance, sera solvable ou non, et dans quelle mesure il pourra payer sa dette, pour apprécier l'utilité des concessions consenties.

VI. Il nous reste à examiner brièvement les obligations du *créancier-gagiste*, dans cette période.

Le droit du créancier d'exiger et de toucher la créance engagée ne constitue pas en même temps pour lui, une obligation; il n'est pas dépouillé du droit de poursuivre le constituant sur tout son patrimoine pour avoir une satisfaction définitive, un paiement intégral, de la créance garantie. Or, une fois que le créancier-gagiste a entrepris l'exercice de son *jus exigendi*, certaines obligations s'imposent à lui.

Le Code des Obligations n'énumère pas ces obligations du créancier-gagiste. D'une manière générale, le législateur, dans

l'article 623 du Code des Obligations, décide que le créancier répond de la perte ou de la détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. Néanmoins, nous croyons que les obligations du créancier-gagiste, en ce qui concerne le droit d'exiger et celui de recevoir la créance garantie seront les mêmes que celles imposées au créancier qui a reçu de son propre débiteur une créance en recouvrement. Elles sont énumérées dans l'article 961 et suivants du Code de procédure civile. Les deux cas sont analogues; c'est pourquoi les règles prescrites par les articles 961 et suivants sont applicables également dans notre matière.

En premier lieu, avant d'exiger la créance (soit son objet) le créancier-gagiste est obligé d'avertir le constituant, par analogie avec l'article 964 du Code de procédure civile d'après lequel le créancier qui agira pour faire valoir la créance appartenant à son débiteur, créance déjà saisie par lui, doit exiger de l'huissier que le débiteur (créancier de la créance saisie) soit averti. Cette obligation du créancier-gagiste est admise par le droit positif allemand. resp. § 1283 du Code civil allemand. Elle présente une garantie pour le constituant au point de vue de la régularité des opérations du gagiste; elle constitue une sorte de contrôle.

Dans l'exercice de son droit d'exiger et de toucher la créance, le créancier-gagiste doit apporter les soins d'un bon père de famille. Il va répondre des conséquences de sa négligence, par exemple une omission du délai d'exigibilité de la créance engagée (art. 965 du Code de la Proc. civ.). Dans cette catégorie des obligations, on doit faire entrer l'obligation (et en même temps le droit) du créancier-gagiste de poursuivre le tiers-débiteur dans la masse de la faillite. Pour produire à la faillite, le créancier-gagiste n'a aucun besoin d'un mandat spécial du constituant; il est suffisamment fondé à remplir ces opérations en vertu de son propre droit de gage.

Aussi, en cas de paiement du tiers-débiteur, de la créance engagée, le créancier doit vérifier attentivement si la prestation répond exactement à l'objet de la créance et avec les conditions y consenties; en cas de manques ou de vices dans la prestation, il doit avertir le débiteur-constituant. Si le créancier-gagiste ne remplit pas ces obligations, il engage sa responsabilité personnelle

pour les dommages qui pourront éventuellement atteindre le constituant.

L'art. 616 du Code des Obligations impose une autre obligation très importante, au créancier-gagiste, à savoir la restitution en nature de la chose engagée, lorsqu'à l'échéance le constituant a payé la créance garantie avec les intérêts et les dépens. Cette règle s'applique aussi en matière de mise en gage de créances. Dans ce dernier cas, le créancier-gagiste doit rendre le titre qu'il a reçu du constituant, titre prouvant la créance engagée. Le débiteur peut même exiger cette restitution dès que la dette a cessé d'exister pour une cause quelconque.

Après la perception du montant de la créance engagée, si la prestation consiste en des choses corporelles, le créancier-gagiste est obligé de veiller à la conservation de ces choses avec les soins d'un bon père de famille. Il doit dépenser tout ce qui est utile et nécessaire et le débiteur-constituant doit lui tenir compte des dépenses que le créancier a faites pour la conservation du gage (art. 623, al. II du Code des Obligations). En cas de perte ou de détérioration du gage, qui serait survenue par sa négligence, le créancier en répond; il est tenu d'indemniser le constituant (art. 623, al. II). En conséquence, si le gage a pour objet une créance hypothécaire, le créancier devra veiller au renouvellement de l'inscription en temps utile (Colin et Capitant, tome II, p. 767 : Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. I, an 137). Si le créancier abuse du gage, le constituant peut demander le séquestre de la chose, objet du gage (art. 625, qui fait défaut dans le Code civil français. C'est une création du droit italien, d'où elle a passé en droit bulgare). A cet égard, l'art. 2082, al. I du Code civil français donne le droit au débiteur constituant de réclamer la restitution avant le payement de la dette, si le créancier abuse du gage, c'est-à-dire s'il s'en sert sans autorisation ou si, ayant été autorisé à s'en servir, il en fait un usage abusif. Cette disposition du Code civil est caractérisée par sa rigueur extraordinaire qui ne peut être justifiée ni par l'équité, ni par les besoins de la pratique; la modération de cette disposition par la solution que la chose engagée serait enlevée au créancier-gagiste pour être mise entre les mains d'une tierce personne serait une solution opportune du conflit.

Par argument a contrario de l'art. 624 du Code des Obligations,

on peut admettre que le créancier-gagiste ne peut pas percevoir à son profit les fruits de la chose engagée. Cela amené à son but logique, pourrait nous entraîner à conclure que le créancier, en général, ne peut se servir de quelque manière que ce soit, de la chose ou de la créance engagée. Néanmoins, il y a une exception importante à ce principe : c'est l'art. 624 du Code des Obligations, ainsi conçu : « S'il s'agit d'une créance donnée en gage et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dûs. Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette ». Comme on le voit par le texte même, la perception des intérêts et leur imputation, soit sur les intérêts dûs au créancier-gagiste, soit sur le capital de la créance garantie est, non seulement un droit, mais aussi une obligation pour le créancier. Les auteurs qui soutiennent que le créancier-gagiste ne peut faire aucun autre acte de disposition sur la créance à lui donnée en gage ou sur la chose engagée autres que ceux que lui reconnaît la loi, en donnant pour raison l'art. 624 du Code des Obligations (resp. art. 2081 du Code civil français) qui autorise le créancier-gagiste à percevoir lui-même les intérêts, par les besoins de simplicité dans les rapports des parties. Ainsi, MM. Baudry-Lacantinerie et Loynes (tome I, n. 97) disent : « L'obligation imposée par cet article (2.081, n.n.) au créancier-gagiste implique pour lui le droit de toucher les intérêts et d'en exiger le paiement du débiteur de la créance donnée en gage. La loi l'a ainsi décidé *brevitatis causa*. En effet, le débiteur-gagiste ne pourrait poursuivre son propre débiteur en paiement des intérêts qu'en mettant en cause son créancier-gagiste; celui-ci détient le titre nécessaire pour justifier de l'existence du droit. Pour éviter ces complications et ces lenteurs, le créancier-gagiste est autorisé et même obligé de percevoir ces intérêts ». Cette argumentation ne nous paraît pas décisive; si le législateur a donné au créancier-gagiste le droit de percevoir les intérêts, c'est parce que ce droit du gagiste ne pourrait en rien préjudicier au constituant et d'autre part, une fois que le législateur a décidé que ces intérêts doivent être imputés, soit sur le capital, soit sur les intérêts éventuellement à lui dûs et dérivés de la créance garantie, personne autre que le créancier-gagiste ne peut les percevoir. Nous ne voyons pas dans quel

sens pourraient se produire les complications et les lenteurs, dont parlent MM. Baudry-Lacantinerie et Loynes, au sujet de l'article 624 (2081 du Code civil). Nous croyons que les dispositions de l'article 624 comportent l'admission du *jus exigendi* aussi dans notre droit positif. C'est une application partielle du principe général.

La responsabilité du créancier-gagiste serait donc engagée par la négligence qu'il apporterait à l'exécution de cette obligation, d'après le droit commun.

CHAPITRE IV.

L'extinction du droit de gage.

Le droit de gage s'éteint de la manière suivante :

- 1) Par l'extinction de la créance principale, soit du fait du tiers-débiteur, soit du fait du débiteur-constituant.
- 2) Par prescription de la créance garantie.
- 3) Par la renonciation ou remise de dette, faite par le créancier-gagiste.
- 4) Par la substitution d'un nouveau gage à l'ancien.
- 5) Par la transmission de la créance garantie avec la clause d'exclusion de la garantie constituée par le contrat de gage au profit de la créance transmise.
- 6) Par confusion.

Tous ces moyens d'extinction du droit de gage ne présentent aucune particularité en ce qui concerne le gage sur créances. Les règles générales sont applicables également en cette matière, comme aussi en matière de gage sur des choses corporelles. (Leur examen détaillé ne rentre pas dans les limites de notre travail). Nous nous contenterons de dire quelques mots sur l'extinction du droit de gage par l'extinction de la créance principale, en premier lieu, et par la confusion, en second lieu.

§ 1. *L'extinction du droit de gage par l'extinction de la créance garantie.*

L'extinction de la créance principale (la créance garantie) entraîne l'extinction même du droit de gage. Elle éteint aussi le privilège; il n'y a plus d'objet à garantir, il n'y a donc plus lieu à privilège. C'est la conséquence de la nature accessoire du droit de gage. Elle est sanctionnée dans l'art. 616, par la disposition d'après laquelle le créancier-gagiste est obligé de restituer la créance à

lui donnée en garantie, dès qu'il aura été désintéressé ou, d'une manière plus générale, dès que la dette, pour sûreté de laquelle elle lui a été remise sera étendue par l'une des causes admises par la loi.

Les modes d'extinction de la créance principale sont naturels, accidentels ou proviennent d'une déclaration que l'obligation n'a jamais existé.

Les modes naturels se ramènent tous au paiement, c'est-à-dire à la prestation de ce qu'il est dû. Le paiement se produit sous des formes diverses. Il est sans subrogation ou avec subrogation; il est accepté volontairement par le créancier ou bien il est forcé; enfin il peut s'agir d'un paiement réel ou d'un paiement fictif en cas de compensation par exemple.

Les modes accidentels résultant de la volonté des parties; celles-ci y mettent fin, tantôt gratuitement et l'opération prend alors le nom de remise de dette; tantôt à titre onéreux, et elle s'appelle novation ou dation en paiement, suivant qu'en échange de la créance éteinte le créancier reçoit une autre créance ou un objet autre que celui qui est dû. Il faut y ajouter la prescription et la perte de la chose.

Mais la condition résolutoire, l'action en nullité ou en rescision n'éteignent pas la dette; elles font considérer celle-ci comme n'ayant jamais existé.

En ce qui touche l'influence des faits précédents sur le gage de la créance, la question ne comporte pas d'observations spéciales.

Seule, soulève des difficultés la question de savoir par quelle manière, par quelle façon, on signifiera au tiers-débiteur que la créance garantie (d'où le droit de gage lui-même) est éteinte. Exemple : Vous me donnez en gage votre créance contre M. X. à qui la mise en gage de la créance a été signifiée. Mais à l'échéance de la créance garantie, vous la payez. Le gage devient sans raison d'être et s'éteint. On doit faire quelque chose pour que vous acquériez de nouveau la propriété et la possession exclusives sur votre créance contre M. X. pour que je sois éliminé définitivement du lieu juridique créé par le contrat de gage et d'autre part, que M. X. soit averti que désormais il doit s'acquitter entre vos mains. Voilà la question importante que nous allons essayer de résoudre.

Nous avons déjà vu que la signification au tiers-débiteur de la constitution du gage (comme également en matière de cession de créance) peut être faite soit par le créancier-gagiste, soit par le débiteur-constituant. Une signification faite par le gagiste est suffisante; c'est lui qui est le plus intéressé à le faire; mais le constituant, dans ce cas, peut opérer la signification aussi, et, nous allons ajouter, avec une autorité plus grande que le créancier-gagiste, quoique celui-ci soit plus intéressé à la faire lui-même.

Dans notre cas, inversement, c'est le créancier-gagiste qui est le plus qualifié pour signifier l'extinction du gage au tiers-débiteur. Une telle signification est suffisante; le constituant qui se trouve ici être le plus intéressé, peut faire aussi la signification au tiers-débiteur; mais une telle signification ne suffit pas; elle doit être appuyée de preuves en cas de conflit avec le créancier-gagiste, c'est le constituant qui, par la signification d'extinction au tiers-débiteur, doit lui prouver cette extinction lui-même.

Quelle sera la forme de cette signification. Il est laissé au choix des parties de préférer la forme authentique, ou sous seing privé, par lettre, par un intermédiaire ou même verbalement.

§ 2. *L'extinction du droit de gage par la confusion.*

La confusion est la neutralisation d'un droit par suite de la réunion dans une même personne de deux qualités incompatibles. Il y a, en pareil cas, un obstacle matériel à l'exercice du droit de créance; il arrive parfois une véritable extinction du droit par suite de confusion. Les effets de la confusion ne sont pas toujours extinctifs, comme nous le verrons en examinant les cas différents où peut se produire la confusion.

A. *Confusion entre le créancier-gagiste et le débiteur-constituant.*
— Jadis, les jurisconsultes romains avaient soutenu que, dans ce cas de confusion, le droit de gage s'éteint. Ce résultat est en quelque sorte admis dans notre droit actuel. Car si le droit de gage n'est constitué que pour garantir la créance principale du créancier-gagiste, alors quand cette créance s'éteint par suite de confusion intervenue entre les deux personnalités; le propriétaire de la dite créance (le créancier-gagiste) et le donneur de garantie, le droit de gage lui-même s'éteint aussi. Ce résultat est une conséquence du

caractère accessoire du droit de gage qui ne peut exister, comme tous les droits accessoires, que tant qu'existe le droit principal. Par la théorie constitutive de droit de gage, nous pourrions nous expliquer facilement en cas d'extinction. Par la confusion même, le créancier-gagiste acquiert un droit de créance complet et cela exclut la possibilité pour lui de posséder simultanément aussi un autre droit de créance, avec le même contenu, mais plus petit quant à son volume et qui a le même objet de prestation.

Il y a des exceptions au principe que le droit de gage s'éteint par la confusion de la personne du créancier-gagiste avec celle du débiteur-constituant. Le droit de gage ne s'éteint pas, en dépit de la confusion intervenue, lorsque la créance garantie est grevée de droits au profit d'une ou plusieurs tierces personnes. Par exemple, la créance garantie est grevée d'un droit de gage au profit d'une tierce personne.

Une autre exception où le droit de gage ne s'éteint pas, malgré la confusion intervenue entre le créancier-gagiste et le débiteur-constituant, c'est dans le cas où le débiteur-constituant a un intérêt juridique à la continuation du droit de gage. Cet intérêt juridique peut avoir lieu souvent dans le gage multiple d'une même créance. En effet, nous n'avons pas un texte exprès, admettant la continuation du gage, lorsque le créancier-gagiste, devenu constituant, y a un intérêt juridique. Néanmoins, ce n'est pas un obstacle à l'admission dans notre droit des principes généraux du droit civil. Le droit romain qui est une source indirecte de notre droit actuel, admettait la possibilité du droit de gage sur une chose appartenant en propre au créancier lui-même. Cette institution, quoique ne constituant pas un principe général, a trouvé dans notre droit une application, à savoir la subrogation de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué, al. II de l'art. 158 du Code des Obligations; resp. al. II de l'art. 1251 du Code civil français). Alors, pourquoi ne pourrions-nous pas admettre dans notre cas aussi la possibilité au profit du débiteur constituant, la conservation du droit de gage de celui dont il tient son droit ? Par l'admission de ce résultat, on n'endommagerait aucun droit, parce que les autres créanciers-gagistes, si la confusion n'était pas intervenue, vien-

draient en concours avec leur droit, non pas sur la totalité de la créance garantie, mais seulement sur le surplus (l'excédent) ce qui resterait après le paiement définitif du premier créancier-gagiste, c'est-à-dire, dans ce cas, ils pourraient se payer sur la créance engagée dans la mesure où ils l'auraient pu si la confusion n'était pas intervenue.

B. *Confusion entre le créancier-gagiste et le tiers-débiteur.* — En conséquence de cette confusion, le créancier-gagiste devient débiteur du constituant; l'objet du gage devient une dette du créancier-gagiste au profit du constituant. Cette situation soulève la question suivante : le droit de gage s'éteindra-t-il ou bien continuera-t-il à exister au profit du créancier-gagiste. Par cette confusion et dès le moment de cette dernière, le créancier-gagiste, comme nous l'avons dit, devient débiteur du constituant; par conséquent, si le droit de gage continuait à exister, ce serait un gage sur sa propre dette, *pignus debiti* dont nous avons parlé dans le chapitre II de notre travail. Dans un tel cas, il s'opère une « compensation » (différente toutefois de la compensation proprement dite, v. chap. II) entre la dette du créancier-gagiste (l'ancienne dette du tiers-débiteur) et la dette du constituant (au profit du créancier-gagiste) jusqu'à concurrence de la plus petite des deux sommes.

C. *Confusion entre le constituant et le tiers-débiteur.* — Tandis que dans les deux cas précédents, la confusion embrassait la personnalité du créancier-gagiste, dans notre cas, cette dernière reste en dehors du changement intervenu. La situation juridique du créancier-gagiste, à défaut de confusion de sa personnalité, reste sans changement. En ce qui concerne le sort juridique de la créance engagée, et avec cela le sort du droit de gage, les opinions des auteurs allemands (entre qui la question est vivement débattue) sont différentes. Chacune des théories sur la nature juridique du droit de gage a essayé de donner la solution de la question.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de nous en expliquer, le droit de gage, après sa constitution, a une existence indépendante du droit du constituant, de qui il est dérivé. Le sort de ce dernier n'a aucune influence sur celui du droit nouvellement créé; il ne peut disparaître que par les causes déjà existantes, au moment de sa constitution même. Cela revient à dire que la confusion interve-

nue entre le constituant et le tiers-débiteur ne pourrait avoir aucune influence sur le droit de gage du créancier, parce que ce fait juridique est survenu après la constitution du droit de gage. Le droit de gage continue de subsister avec le même volume et le même contenu qu'avant la confusion.

CONCLUSION

Nous sommes ainsi arrivé à la fin de notre étude. Nous avons expliqué les règles du Code des Obligations relatives à la cession et à la mise en gage des créances non négociables et les diverses formalités y prescrites. Au cours de cette étude, nous avons pu constater que, sur certains points, notre législation souffre de lacunes d'une part, et que, d'autre part, il existe déjà un écart entre les conceptions juridiques du Code des Obligations (c'est-à-dire celles du Code Napoléon de 1804) et les idées du début du XX^e siècle. Cet écart se manifeste surtout en matière de gage des meubles incorporels, où, par suite de l'insuffisance des textes, le rôle de l'interprétation par la doctrine et la jurisprudence est très important. Dans l'ensemble des dispositions qui organisent le crédit, le Code n'a accordé qu'une place bien minime aux meubles incorporels. Cette situation tient aux deux causes suivantes, qu'il suffit d'énoncer, leur influence étant bien connue du jurisconsulte et de l'économiste : d'une part, l'accroissement, depuis le Code Napoléon de 1804, des biens mobiliers, tant en nombre qu'en importance; de l'autre, le développement considérable du crédit et spécialement du Crédit des Sûretés réelles qui se traduit par la nécessité d'utiliser de cette façon tous les éléments du patrimoine, étant donné qu'aujourd'hui la créance est considérée comme un élément du patrimoine.

Nous voudrions, en terminant cette étude, nous demander jusqu'à quel point il serait possible de faire œuvre réformatrice, et dans quelle mesure on pourrait corriger les inconvénients de la législation actuellement applicable à la cession et à la mise en gage des créances.

Il nous est impossible, dans les limites de notre étude, d'examiner le problème ainsi posé dans toute sa complexité; en effet, il ne s'agit pas de la nécessité d'un remaniement intégral de notre

Code des Obligations et de toute une révision radicale, consacrant ou préparant du moins tout un renouvellement social : c'est une question intéressante, très importante, et qui devrait faire l'objet d'une étude spéciale. Aussi nous nous bornerons à notre sujet : la cession et le gage.

Il existe déjà des pays continentaux, qui viennent d'élaborer leurs législations civiles, y compris les questions qui nous intéressent : ce sont l'Allemagne et la Suisse. Les résultats y acquis montrent assez clairement comment ces codes nouveaux ont pu donner satisfaction aux besoins légitimes qui se manifestent aujourd'hui. Pour nous, les Bulgares, ayant emprunté les dispositions respectives du droit italien et par là, du Code Napoléon, il suffirait de légaliser les conquêtes déjà acquises par la doctrine et la jurisprudence, pour assurer le bénéfice du droit étranger. A cet égard, nous trouvons un document particulièrement précieux : c'est le Projet de Code des Obligations et des Contrats, approuvé à Paris en 1927, par le comité des juristes éminents de notre temps, français et italien, destiné à établir l'unification du droit privé entre la France et l'Italie dit projet franco-italien, « qui a conçu la progression générale de la matière des obligations; un progrès véritable de la doctrine juridique » (M. Lévy-Ullmann, dans son Cours de Droit Civil approfondi : « L'obligation et le contrat », 1927-1928, Paris). C'est justement ce projet qui pourrait servir comme base au législateur bulgare en vue d'établir les réformes nécessaires.

Dans le Code des Obligations, en matière de cession de créances, ce sont les questions de publicité et des rapports entre les parties, qui frappent par leur réglementation imparfaite. Le Projet franco-italien y prête son attention : il reconnaît expressément la possibilité d'émettre des titres nominatifs, à ordre ou au porteur simplement civils, qui peuvent être cédés comme les titres de commerce, c'est-à-dire par voie de transfert, d'endossement ou de tradition. D'autre part, le projet décide que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant pour les causes antérieures à la cession, sauf en cas d'acceptation pure et simple.

En ce qui concerne la matière de la mise en gage des créances, étant donné que le Code civil et le Codice civile sont presque muets

à cet égard (comme aussi le Code bulgare des Obligations) les réformes proposées par le Projet franco-italien sont assez importantes. On distingue le gage des choses corporelles et celui des choses incorporelles, dont les règles établissent un chapitre particulier (Chapitre III, art. 688-696). On a réglé la question du gage sur les créances qui ne résultent d'aucun titre : au lieu de la mise en possession, il s'établit par la seule signification au débiteur. Ainsi, on a mis fin à une vieille controverse, que la doctrine et la jurisprudence avaient tranchée au sens qu'il est impossible de mettre en gage une telle créance, étant donné l'impossibilité de la mise en possession au créancier-gagiste. Sont intéressantes et utiles aussi, les dispositions qui concernent les rapports juridiques nés du contrat de gage. Ainsi le Projet franco-italien reconnaît au créancier-gagiste le droit et l'obligation de percevoir les intérêts de la créance engagée, si elle en a produit. A cet égard, l'art. 691 du Projet introduit une innovation en obligeant le créancier-gagiste à recouvrer la créance mise en gage lorsqu'elle vient à échéance; il doit restituer au constituant, s'il y a lieu, l'excédent de ce qu'il a recouvré sur ce qui lui est dû. Quant aux exceptions que le tiers-débiteur pourrait opposer au créancier-gagiste, les règles sont les mêmes qu'en matière de la cession de créances : comme le cessionnaire n'acquiert que la créance, telle qu'elle existait entre les mains du cédant, ainsi le créancier-gagiste a les mêmes droits sur la créance engagée que ceux qu'avait le constituant, de sorte que le tiers-débiteur peut opposer au créancier-gagiste toutes les mêmes exceptions à la validité de la créance garantie que celles qui lui appartiendraient contre son propre créancier (art. 694).

Voilà les bases sur lesquelles le législateur pourrait établir les réformes et les innovations nécessaires.

Vu : Le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu : Le Président de la thèse.
H. LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY ET RAU. — Cours de Droit Civil Français, I^{re} édition, Paris, 1916.
- P. AVRIL. — Principe et caractère juridique de la constitution de gage sur les meubles incorporels, Thèse, Paris, 1898.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE. — Traité théorique et pratique de droit civil. Des Obligations, t. II, III^e édition, Paris, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET P. DE LOYNES. — Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, Paris, 1906, t. I.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET SAIGNAT. — De la vente et de l'échange, III^e édition, Paris, 1908.
- BEUDANT. — Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles, tome I, Paris, 1900.
- BOYADJIEFF ET MINTCHEFF. — Recueil, Sofia.
- CANTARDJIEFF. — Recueil, Pleven, 1925.
- Ambroise COLIN ET H. CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, tome II, V^e édition, Paris, 1928.
- COLMET DE SANTERRE. — Cours de droit civil, Paris, 1907.
- DERNBURG. — Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 1860.
- Prof. Dr FADINSCHECHT. — De la mise en gage de créances, Sofia, 1928.
- LOUIS FRAISSAINGEA. — Une nouvelle jurisprudence sur le conflit du cessionnaire de créance et de créanciers saisissants, Paris, 1906.
- F. GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1918.
- JULIUS V. GIERKE. — Sachenrecht, 1925.
- L. GUILLOYARD. — Traités de la vente et de l'échange, t. II, II^e édition, 1891.
- L. GUILLOYARD. — Traité du nantissement et du droit de rétention, t. I, 1895.
- HENRI GUIONIN. — De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres, Thèse, Paris, 1907.
- HELLWIG. — Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemainem Recht und der Reichs-Civilprozess-Ordnung, Leipzig, 1883.
- Théophil HUC. — Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission de créances, Paris.
- Théophil HUC. — Le Code Civil Italien et le Code Napoléon, étude de législation comparée, Paris, 1868.

- D. ISSAILEFF ET V. G. PERFANOFF. — Recueil. Jurisprudence bulgare, revue mensuelle, Sofia.
- P. KRETSCHMAR. — Theorie der Konfusion.
- F. LAURENT. — Principes de droit civil, III^e édition, Paris, 1878.
- MANSBACH. — Niessbrauch an Forderungen.
- Dr I. MEVORACH, D. I. LIDJI et Léon FARCHI. — Commentaire du Code des Obligations, Sofia.
- MUHLENBRUCH. — Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte.
- Marcel PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, tome II, Paris 1922.
- Marcel PLANIOL et Georges RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, tome XII : Sûretés réelles, Paris, 1927.
- R. SALEILLES. — Etude sur la théorie générale de l'Obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand, III^e édition, Paris, 1914.
- D. SILIANOWSKY. — Substance et contenu du droit de gage sur créances, Sofia, 1926.
- Dr Alfred THAL. — Die Vereinigung von Rech und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen, 1905.
- Dr C. WIELAND. — Les droits réels dans le Code Civil Suisse, traduction française, par Henry Bovay, Paris, 1914.
- Code Civil allemand, promulgué le 18-VIII-1896. Traduction de l'Office de Législation étrangère et de Droit international, Paris, 1923.
- Code Civil Suisse du 10-XII-1907. Projet de Code des Obligations et des Contrats. — Edition par la Commission française d'études de l'Unification législative entre les nations alliées et amies, Roma, 1928.

TABLE DES MATIERES

	Pages
AVANT-PROPOS	VII
PREMIERE PARTIE De la cession de créances.	
INTRODUCTION COMPARATIVE	1
CHAPITRE I. — <i>Conditions de fond exigées pour la cession de créances</i>	16
Section I. Créances susceptibles d'être cédées	16
Section II. Capacité des parties en matière de cession de créances	19
CHAPITRE II. — <i>Conditions de forme</i>	25
Section I. Comment la cession devient parfaite entre les parties contractantes	25
Section II. Comment s'opère la cession de créances à l'égard des tiers	27
§ 1. De la signification au débiteur	28
§ 2. Les tiers au point de vue de l'art. 317	36
§ 3. Exceptions à la règle de l'art. 317	41
§ 4. Les effets de la signification et les conséquences du défaut de cette formalité	42
CHAPITRE III. — <i>Les effets de la cession de créances</i>	54
Section I. Ce que la cession comprend	54
Section II. Des obligations du cédant et du cessionnaire	57
§ 1. Les Obligations du cédant	57
§ 2. Les Obligations du cessionnaire	67
CHAPITRE IV. — <i>De la cession des droits litigieux</i>	68
Section I. Les conditions qui constituent le retrait litigieux.	69
Section II. Les effets du retrait litigieux	76
Section III. Exceptions apportées à la disposition du retrait litigieux	78
CHAPITRE V. — <i>Parallèle entre la cession et divers autres contrats analogues</i>	81
Section I. Comparaison de la cession de créance avec la subrogation	81
1) Au point de vue de la garantie	82

	Pages
2) Au point de vue de ce dont le débiteur sera redevable au subrogé	82
3) Au point de vue de la publicité	83
4) Au point de vue du consentement	83
Section II. La cession de créance et la délégation	84

DEUXIEME PARTIE

De la mise en gage de créance.

INTRODUCTION COMPARATIVE	87
CHAPITRE I. — <i>Nature juridique du contrat de gage sur créance</i> ..	96
a) La théorie des droits sur les droits	97
b) Théorie de la cession conditionnelle	99
c) Théorie de la cession restreinte	100
d) Théorie du Helwig	102
e) Théorie de la succession constitutive	103
CHAPITRE II. — <i>Formalités constitutives du gage sur créances</i> ...	106
a) Première formalité. Acte écrit	108
b) Seconde formalité. Signification	112
c) La mise en possession	114
CHAPITRE III. — <i>Effets du contrat de gage</i>	119
Section I. Effets du contrat de gage entre le débiteur consti- tuant (le donneur de garantie) et le tiers-débiteur	119
Section II. Des droits et des obligations du créancier-gagiste et le tiers-débiteur	121
§ 1. Avant l'exigibilité de la créance garantie	122
§ 2. Après l'exigibilité de la créance garantie	127
CHAPITRE IV. — <i>L'extinction du droit de gage</i>	147
§ 1. L'extinction du droit de gage par l'extinction de la créance assurée	147
§ 2. L'extinction du droit de gage par la confusion	149
a) Confusion entre le créancier-gagiste et le débiteur- constituant	149
b) Confusion entre le créancier-gagiste et le tiers- débiteur	151
c) Confusion entre le constituant et le tiers-débiteur ...	151
CONCLUSION	153
BIBLIOGRAPHIE	157

